

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU MONOPOLE DES NOTAIRES

EN MATIÈRE D'HYPOTHÈQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présentée et soutenue le Mardi 2 Décembre 1913, à 1 h. 1/2

PAR

Henry FOUCQUE

Président : MM. M. PLANIOL, professeur.

*Suffragants } MASSIGLI, professeur
 CAPITANT, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT, PARIS (5^e ARR^t)

1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DU MONOPOLE DES NOTAIRES

EN MATIÈRE D'HYPOTHÈQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Mardi 2 Décembre 1913, à 1 h. 1/2

PAR



Henry FOUCQUE

Président : MM. M. PLANIOL, professeur.

Suffragants } MASSIGLI, professeur
CAPITANT, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT, PARIS (5^e ARR^t)

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

La loi du 25 ventôse an XI (1) qui est la grande loi organique du notariat en France, donne des notaires la définition suivante : — « Les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions ».

Cette formule qui définit assez exactement le notaire de l'an XI ou de l'ancienne France, ne peut nous donner qu'une idée sinon erronée, du moins très incomplète de la fonction actuelle des notaires. A lire en effet la loi de ventôse, on croirait volontiers que le notaire est un simple rédacteur d'actes auxquels il a le privilège de conférer l'authenticité, une sorte de scribe officiel transcrivant sur papier timbré les conventions passées devant

1. Modifiée par les lois du 21 juin 1843 et 12 août 1902.

lui. Mais si tel était le but primitif du notariat, les choses ont changé depuis, et l'institution a évolué.

A cause de son honorabilité ordinaire, de la juste considération dont il jouit, de sa grande expérience des affaires, de sa connaissance souvent approfondie des lois, le notaire a joint à sa fonction première celle plus importante, mais plus délicate aussi, de conseiller officieux des familles et de directeur de leurs intérêts. « Le notariat, écrit M^e Thevenet (1), a en effet subi depuis le commencement de ce siècle, de nombreuses et profondes transformations : la différence est grande entre le notaire de l'an XI, simple rédacteur des actes, ... et le notaire d'aujourd'hui dont la sphère d'action s'est démesurément agrandie, qui n'est plus seulement le fonctionnaire public chargé par la loi de donner l'authenticité aux conventions, mais qui s'est fait le conseiller privé et incessant des parties, l'arbitre de leurs différends, le négociateur de leurs intérêts, et souvent le dépositaire quotidien de leur fortune ». Il est celui dont on ne peut se passer dans toute entreprise quelque peu compliquée ou délicate, et l'on peut presque dire aujourd'hui qu'il n'est pas d'actes juridiques importants (successions, partages, contrats de mariage, ventes, prêts, sociétés, testaments mêmes) qui soient faits sans le concours de son ministère ou l'appui de ses conseils.

On a si bien compris ce rôle officieux des notaires actuels qu'on en a tiré l'argument primordial, et,

1. Rapport adressé par M. Thévenet, Garde des sceaux, à M. le Président de la République à propos du décret du 20 janvier 1890, relatif au notariat (*Journal officiel* 31 janvier 1890).

croyons-nous, irréfutable, contre la suppression des offices ministériels et leur remplacement par des fonctionnaires. Un grand nombre de projets de lois en ce sens ont été déposés devant les Chambres au cours du XIX^e siècle, mais tous ont heureusement échoué (1). Il est en effet difficile de concevoir ce métier de confiance, ce rôle de conseiller et presque de confident, tenu par un fonctionnaire public ! Ce dernier, derrière sa grille, est peut-être bon à faire un scribe régulier et un parfait rédacteur d'actes, mais il ne faut pas lui demander davantage : « Le point délicat, écrit M. Ajam (2), réside dans ce fait que les relations de client à notaire supposent une confiance difficilement concevable de contribuable à fonctionnaire. Quand on connaît les négociations extrêmement délicates qui précèdent un contrat de mariage, ou les confidences intimes qui précèdent un testament, on se demande comment il sera possible d'obliger les intéressés à s'adresser pour tous ces actes à un fonctionnaire, quand même ce fonctionnaire ne serait pas placé derrière un guichet ». Le bon fonctionnement du notariat est essentiellement basé sur les relations de confiance personnelle entre clients et notaire ; or, ces rapports ne peuvent naître que si le notaire habite le pays depuis longtemps, que si sa famille et lui-même y occupent une situation connue et appréciée de tous, y jouissent d'une réputation au-dessus de tout soupçon. Le fonctionnaire, avide seulement

1. Voyez-en l'énumération et la critique dans Charrier, *Le notariat français*, thèse. Paris, 1905.

2. Rapporteur de la commission du budget, exercice 1911 (ministère de la justice).

d'avancement, changera sans cesse de résidence, et ne pourra donc jamais acquérir cette notoriété et cette considération qui devront pourtant présider à l'exercice de sa nouvelle profession (1).

Mais, il faut le reconnaître, cette fonction, si louable soit-elle, de conseiller des familles, que le notaire a su acquérir au cours du XIX^e siècle, n'a pas été sa fonction primitive et primordiale ; ce n'est pas celle que la loi a eu en vue, tout au moins directement, en instituant le notariat ; et si c'est une des raisons qui en expliquent aujourd'hui le maintien, ce n'est certainement pas celle qui en a justifié autrefois l'organisation.

A quoi donc se réduit, en droit, le monopole des notaires ? S'il est vrai qu'en fait ils reçoivent la plupart des actes importants de la vie juridique, quels sont ceux qui doivent *nécessairement* être faits par leur ministère ? Quelles sont, autrement dit, les conventions qui doivent obligatoirement, à peine de nullité, être constatées

1. Si encore, en compensation de ces désavantages évidents et de la grosse charge dont grèverait le trésor le rachat de tous les offices ministériels de France, le notaire-fonctionnaire offrait sur le notaire actuel une supériorité quelconque ! mais hélas ! il ne sera ni plus expérimenté ni plus instruit que ce dernier ; peut-être il est vrai exigerait-on de lui le titre de licencié en droit, mais, sans compter qu'on pourrait sans inconvénient en exiger de même des aspirants actuels au notariat, serait-ce là une garantie suffisante ? il ne sera ni plus zélé ni plus complaisant, au contraire ! car n'étant pas poussé par son intérêt personnel, il se désintéressera de son métier. Enfin, nous avons assez de fonctionnaires ainsi ! et l'adoption de ce nouveau système aurait pour résultat de nous en gratifier d'au moins 100.000 nouveaux : quelle porte ouverte ainsi toute grande à l'influence toujours néfaste de la politique.

par acte notarié ? Ils sont, en définitive, très peu nombreux, on peut citer : Les donations, inventaires, partages anticipés, liquidations et partages de biens lorsqu'y figure un incapable, déclarations de souscription et de versement du quart dans les constitutions de sociétés anonymes ou en commandite par actions, actes respectueux, contrats de mariage, testaments authentiques ou mystiques, mainlevées et actes constitutifs d'hypothèque, subrogations dans les droits d'un créancier quand elles sont consenties par le débiteur, adjudications volontaires et de biens de mineurs, ventes auxquelles concourt une femme mariée (renonciation à son hypothèque légale). On peut donc aisément s'apercevoir que presque tous les actes de la vie courante (baux, partages amiables entre majeurs, ventes, quittances, prêts, constitutions de sociétés en nom collectif ou en commandite simple, etc.), peuvent être valablement faits sous signatures privées.

On s'en est si bien rendu compte que certains auteurs ont même proposé de provoquer la disparition, la faillite en quelque sorte, du notariat, au moyen de la seule initiative privée. M. Charles Bonnin, ancien notaire, a soutenu cette thèse avec beaucoup de conviction (1), et, ce qui est mieux, a même essayé de la réaliser. Il a fondé en 1905, à Paris, une société en commandite par actions, au capital de 1.100.000 francs, ayant pour objet la rédaction d'actes sous seings privés, et pour but de faire concurrence, dans la mesure du possible, aux études de notaires. Il part de cette idée que le monopole des

1. Ch. Bonnin, thèse. Paris, 1902.

notaires étant, comme nous l'avons vu, fort restreint, il y a place pour la concurrence privée ; et qu'une grande société, analogue au Crédit Lyonnais par exemple, qui offrirait au public, avec autant et même plus de garanties techniques et pécuniaires que les officiers ministériels, des prix notoirement plus doux, aurait vite fait de soutirer aux notaires la presque totalité de leur clientèle. Le notariat, pense-t-il, mourant ainsi d'inanition, pour ainsi dire, disparaîtrait de lui-même sans qu'il en coûtât un sou au Trésor. L'expérience, quoique fort hasardeuse, est très intéressante ; malheureusement la maison fondée par M. Bonnin (1) est trop jeune et trop modeste encore pour qu'on puisse utilement en apprécier les effets et en mesurer les destinées.

Mais laissant de côté cette grande et grave question de la suppression des offices ministériels, si débattue en législation et en doctrine, notre but est d'étudier ici le monopole des notaires, uniquement dans la matière des hypothèques. Toutes les conventions qui y sont relatives sont certainement en effet parmi les actes qu'ont le plus fréquemment à dresser les notaires ; elles donnent lieu pour eux à des opérations d'une valeur et d'un profit considérables.

Relativement aux hypothèques conventionnelles il est deux actes, importants entre tous, l'acte constitutif lui-même, et l'acte de mainlevée, à l'égard desquels s'exerce leur monopole absolu. Pour des motifs historiques ou rationnels, que nous aurons à démêler, le législateur exige en effet que ces deux actes soient à peine de nul-

1. A Paris, avenue de l'Opéra, n° 21.

lité passés devant notaires. Nous aurons donc à les étudier successivement au point de vue de leur forme nécessairement authentique, et à nous demander si le monopole des notaires à leur égard peut encore se justifier de nos jours.

Plus récemment, les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889, en exigeant la rédaction d'un acte authentique pour toutes les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée, ont encore considérablement augmenté le rôle, déjà presque exclusif, des notaires dans la grande matière des hypothèques. L'étude détaillée de ces dispositions nouvelles, des raisons qui les ont nécessitées, et des discussions et controverses auxquelles elles ont donné lieu, occupera la deuxième partie de cet ouvrage.

PREMIÈRE PARTIE

Hypothèques conventionnelles.

Des deux actes — l'acte de constitution, et l'acte de mainlevée — qui, dans la matière des hypothèques conventionnelles, doivent nécessairement être passés devant notaire, le plus important, de beaucoup, est, sans contredit, l'acte constitutif d'hypothèque ; et quand on parle du monopole des notaires à propos des hypothèques conventionnelles, c'est toujours de sa forme nécessairement authentique qu'il s'agit.

Que l'on ne s'étonne donc pas de trouver les deux titres qui composent la première partie de cet ouvrage de longueur si différente : leurs dimensions sont proportionnées à l'importance de la convention qui forme l'objet de leur étude.

TITRE PREMIER

L'acte constitutif d'hypothèque conventionnelle.

§ 1. — *Le monopole des notaires établi par
l'art. 2127 du Code civil.*

En règle générale les contrats sont « consensuels » en droit français ; c'est-à-dire qu'ils sont parfaits par le simple consentement des parties contractantes. L'acte constitutif d'hypothèque conventionnelle est, par exception, l'un des rares actes qui soient « solennels », c'est-à-dire pour lesquels le seul concours des volontés n'est pas suffisant pour former le contrat, la loi exigeant en outre une formalité particulière en l'absence de laquelle le consentement n'a point d'efficacité juridique. L'article 2117 § 3 du Code civil dispose en effet : « L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats ».

Reste donc à savoir quelle est la « forme extérieure » que doit nécessairement revêtir l'acte constitutif d'hypo-

thèque, et dont dépend sa validité. L'art. 2127 répond clairement à cette question : « L'hypothèque ne peut
« être consentie que par acte passé *en forme authentique*,
« devant deux notaires ou devant un notaire et deux
« témoins ».

Nous aurons à examiner plus loin ce qu'il y a lieu de penser quant au nombre des notaires dont la présence est utile à la rédaction de l'acte constitutif d'hypothèque. Bornons-nous pour l'instant à constater que cet acte doit non seulement être authentique, mais encore notarié. Les notaires ne sont pas en effet les seules personnes qui aient le pouvoir de dresser des actes authentiques ; ils partagent ce privilège avec de nombreux officiers publics, parmi lesquels nous citerons notamment : les greffiers, les officiers de l'Etat civil, tous les agents de la police judiciaire ayant le droit de dresser des procès-verbaux.

Sans cette sage précaution de la loi, on aurait pu, en effet, concevoir une fraude possible au monopole des notaires : deux individus, dont l'un est débiteur de l'autre, s'entendent pour constituer une hypothèque destinée à garantir le remboursement de la dette ; mais, ne voulant pas supporter les frais d'un acte notarié, ils feignent un différend, et s'en vont en conciliation devant le juge de paix ; là tout s'arrange, créancier et débiteur se mettent d'accord sur le montant de la dette et les immeubles grevés de l'hypothèque ; le greffier du juge de paix en dresse un procès-verbal, qui est un acte authentique, et le tour est joué. Le seul article 2127 du Code civil eut certainement suffi à éluder cette fraude, cependant tous les auteurs s'accordent à enseigner que

l'art. 54 du Code de procédure civile, qui porte que « les conventions des parties insérées au procès-verbal (de conciliation) ont *force d'obligation privée* » a précisément été fait pour la prévenir aussi, et rendre plus absolu encore le monopole des notaires en cette matière (1).

Après avoir ainsi posé en quelque sorte la donnée du problème, il nous faut en rechercher la raison d'être, et nous demander quels sont les motifs qui ont amené les auteurs du Code à établir ce monopole ; quelles sont les critiques qu'on a pu lui adresser, s'il est juste, et s'il mérite d'être maintenu.

Cependant, comme son existence ne date pas du Code civil, mais remonte à une époque très reculée de notre ancien droit, il nous faut au préalable en étudier l'origine historique, et en suivre l'évolution jusqu'en 1804.

1. Voyez cependant les exceptions qui y ont été successivement apportées, notamment en matière commerciale et maritime, ci-dessous.

CHAPITRE PREMIER

SON ORIGINE HISTORIQUE

1. Droit Romain.

Les articles 2117 et 2127 du Code civil ne nous viennent certainement pas du droit romain.

Le droit romain était cependant une législation essentiellement formaliste ; la simple convention des parties ne suffisait pas en principe à y produire des effets juridiques valables, et le *nudus pactus* ne conférant aucune action au créancier, n'y donnait naissance qu'à une obligation naturelle (1). Mais il existait précisément en notre matière une remarquable exception à cette règle générale, car le droit réel d'hypothèque prenait naissance à Rome du simple consentement des parties contractantes : aucune formalité n'était requise pour constater cet accord ; le contrat d'hypothèque était en droit romain un des rares contrats consensuels. S'il est vrai qu'un

1. *Ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur*, Paul, § 2. 14. 1.

écrit était le plus souvent dressé pour constater la convention, cet écrit (*instrumentum*) ne servait que comme moyen de preuve, et son existence n'influaient en rien sur la validité du contrat.

Quelle était la raison d'être de cette grave exception apportée en faveur de l'hypothèque aux principes fondamentaux du droit romain ? On s'accorde généralement à la trouver dans ce fait que l'hypothèque est une institution de pur droit prétorien et non de droit civil. N'est-il pas en effet conforme au caractère général de ce droit nouveau et au but poursuivi par le prêteur de donner pleine efficacité à la volonté des parties dénuées de toutes formes extérieures, et de sanctionner le simple pacte ?

Certains auteurs (1), toutefois, ont préféré rechercher l'explication de cette règle exceptionnelle dans l'origine historique de l'hypothèque. L'hypothèque semble en effet avoir pris naissance en Grèce, où aucune condition de forme n'était requise pour la validité de sa constitution. De là, cette institution aurait ensuite passé à Rome où elle aurait gardé son caractère purement consensuel.

N'importe, il est bien certain qu'à Rome l'hypothèque naît du simple consentement des parties contractantes. Il en était du moins ainsi à l'époque classique, car la question a été discutée de savoir si cette règle a subsisté jusqu'à la fin du Bas-Empire.

L'hypothèque était en effet occulte à Rome ; aucune formalité d'enregistrement n'existant qui pût en fixer sûrement la date, et d'autre part le rang des créanciers

1. V. Accarias, Beaune. Cfr. Gillard, thèse 1889, Paris.

hypothécaires se réglant d'après la date de leur titre, il était fort à craindre qu'un débiteur véreux ne consentît à ses nouveaux créanciers une hypothèque dont il eût faussement fait remonter la date à une époque antérieure. Cette fraude devint en effet si fréquente que des lois durent intervenir pour la restreindre : Telle fut en particulier l'œuvre d'une constitution de l'Empereur Léon, de 469.

Partant d'une interprétation erronée, croyons-nous, des termes de cette constitution, certains auteurs (1) ont prétendu qu'elle établissait certaines formes extérieures que devait nécessairement revêtir tout titre constitutif d'hypothèque, et en l'absence desquelles ce droit réel ne pouvait pas prendre naissance. Mais nous pensons au contraire, que, le but poursuivi étant d'assurer une date certaine à l'acte de constitution d'hypothèque, l'Empereur Léon y a simplement entendu donner aux créanciers hypothécaires un moyen de se préserver contre les fraudes possibles de l'antidate : Il déclare donc dans sa constitution que les créanciers dont l'hypothèque ne sera pas constaté par acte public, ou acte sous seing privé contresigné par trois témoins « honorables » (2) ne pourront pas opposer leur droit d'antériorité à eux qui se seront conformés à ces formalités. Mais ces formalités, ayant uniquement pour but de régler le droit de préférence entre les différents créanciers hypothécaires d'un même débiteur, n'ont d'importance qu'*inter partes* et ne constituent pas une condition de validité du contrat.

1. V. Grenier, *Traité des hypothèques*, I. 7. Dalloz, v^o *hypoth.*

2. *Integræ opinionis.*

Nous persistons donc à croire que le contrat d'hypothèque est toujours resté à Rome, même au cours du Bas-Empire, un contrat consensuel dénué de toutes formes extérieures, et qu'il ne faut pas chercher dans le droit romain l'origine des dispositions formalistes des articles 2117 et 2127 du Code civil.

2. Ancien Droit.

Notre droit coutumier, dans son dernier état, se trouvait en possession de deux règles absolues, totalement inconnues du droit romain :

1^o « Une hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte dressé en la forme authentique ».

2^o « Tout contrat passé en la forme authentique emporte de plein droit hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur ».

Ainsi l'acte de constitution d'hypothèque et l'acte authentique marchaient toujours de pair dans notre ancien droit ; le monopole des notaires en matière hypothécaire était donc d'ores et déjà établi.

Mais sur le point de savoir quand et comment apparurent ces deux règles, les auteurs anciens et modernes se sont toujours divisés.

Pas moins de cinq systèmes différents ont été soutenus pour essayer d'expliquer la naissance de la première. Mais la seule chose qui nous intéresse directement étant de connaître uniquement l'état de notre législation dans le dernier état du droit, afin de pouvoir apprécier si les auteurs du Code civil y ont puisé les dispositions des

art. 2117 et 2127, il nous importe peu de savoir quelles ont été les raisons qui au xv^e ou au xvi^e siècle ont fait qu'on a exigé la rédaction d'un acte authentique pour toute constitution d'hypothèque conventionnelle. Négligeant donc d'expliquer et de discuter vainement ici tous les systèmes proposés nous nous contenterons d'exposer celui d'entre eux qui, particulièrement inspiré de la doctrine de M. Esmein, nous a paru le plus vraisemblable (1).

Dans le très ancien droit français, les « obligations » (2) pouvaient être librement consenties : soit par lettres-scellées, soit par simples chirographes, soit même verbalement en présence de témoins.

Mais bientôt des restrictions considérables durent être apportées à la liberté des preuves, surtout en matière hypothécaire. Là, en effet, plus que partout ailleurs, des fraudes au moyen d'antidates étaient particulièrement à craindre, et des réformes s'imposaient. « On sentait bien, dit un auteur (3), que l'hypothèque donnant un droit dans la chose, qui fait préférer le plus ancien créancier, on ne devait pas laisser au pouvoir du débi-

1. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*. V. aussi Gillard, *De la constitution de l'hypothèque conventionnelle*. Mais cpr. Pothier, Viollet, Beaune, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Thézard, Laurent.

2. Le mot « obligation » désignait autrefois la garantie hypothécaire donnée à un créancier sur un immeuble. Il est remarquable que le sens précis de ce mot (qui remonte au xiii^e siècle), se soit jusqu'à présent conservé dans le langage notarial, où il sert encore à désigner le prêt garanti par une hypothèque, par opposition au prêt pur et simple.

3. *Répertoire Guyot*, au mot « Hypothèque ».

teur d'accorder l'hypothèque sur ses biens par un écrit sans signature privée, de favoriser un second créancier qui n'aurait consenti à prêter son argent qu'en lui donnant par antidade la priorité de l'hypothèque : On ne pouvait pas laisser au débiteur les moyens de commettre la fraude, de préjudicier à un tiers, et de détruire un droit qui était déjà acquis ».

Dans ce but, la Jurisprudence se montra de plus en plus hostile aux preuves testimoniales et sous seings privés ; et diverses mesures législatives furent aussi prises en ce sens. On lit en effet dans la Collection Denisart (1) : « Depuis l'ordonnance de François I^{er} de l'an 1539, les écritures privées eurent moins de force qu'elles n'en avaient eue jusqu'alors : la preuve de l'hypothèque acquise par écriture privée signée de trois témoins fut alors abrogée ». D'autre part, aux actes sous seing privé finit par être assimilée la « lettre scellée » ; enfin la preuve testimoniale elle-même ne fut plus admise au-dessus de cent livres, depuis l'ordonnance de 1566.

Le créancier qui, à cette date, voulait se faire constituer une hypothèque conventionnelle, se trouvait donc dans l'obligation, s'il voulait donner pleine valeur *erga omnes* à son titre, de s'adresser à un notaire ; ou encore, de faire reconnaître son titre en justice, car la jurisprudence, par tempérament, admettait que l'écrit sous seing privé reconquérât toute sa force et faisait pleine preuve, si le signataire apparent, cité en justice, y reconnaissait son écriture.

Mais jusqu'ici la liberté des parties pour la constitu-

1. Denisart, *Collection des décisions nouvelles*.

tion de l'hypothèque n'avait été gênée que par la théorie des preuves : si un acte authentique était généralement exigé, ce n'était que *ad probationem, sed non ad solemnitatem*. Bientôt, cependant, la théorie se transforma : « En voyant, sauf de légères exceptions, la constitution d'hypothèque et l'acte authentique marcher inséparables, on regarda l'un comme la condition nécessaire de l'autre ; ce qui n'avait été qu'une exigence de la théorie des preuves devint un élément substantiel de la convention » (1). « L'on n'a donc plus reconnu d'hypothèque conventionnelle, nous dit Denisart, que quand elle résultait d'un acte authentique ou reconnu en justice, et l'on a été obligé d'avoir recours aux notaires pour assurer entièrement les dates des actes et l'hypothèque qui pouvait en résulter ».

Ainsi se trouva établie, dès le xvr^e siècle, la première règle en vertu de laquelle une hypothèque conventionnelle ne pouvait résulter que d'un acte notarié.

En même temps, et d'autre part, prenait naissance la deuxième règle qui attachait hypothèque générale à tout acte authentique. Celle-ci se trouve être, vraisemblablement, le simple produit d'une constante habitude (2). Loyseau (3) écrit en effet : « Pour ce qu'en tous contrats, par un style ordinaire des notaires, on s'est accoutumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens, on a enfin tenu pour règle que tous les contrats portaient hypothèque sur tous les biens du débiteur ».

1. Esmein, *op. cit.*

2. Esmein, cfr. Pothier, *Traité des hypothèques*.

3. Loyseau, *Traité des hypothèques*, p. 30.

En fait, un créancier ne manquait jamais en effet d'insérer dans l'acte d'obligation une clause constitutive d'hypothèque ; cette clause était même devenue de style dans les actes notariés, et quand, par hasard, elle ne s'y trouvait pas, la Jurisprudence l'y considérait comme sous-entendue (1).

C'est en vertu de la même idée qu'on admettait aussi que, de plein droit, l'acte sous seing privé reconnu ou vérifié en justice emportait hypothèque sur tous les biens du débiteur. Cette règle était en effet le corollaire de la précédente : « Comme dans les actes notariés, et fort logiquement, on sous-entendait l'obligation générale dans les actes sous seing privé, seulement ici on ne la faisait apparaître que lorsqu'elle pouvait produire tous ses effets ; jusque-là elle sommeillait » (2).

Toute cette jurisprudence novatrice, et l'établissement de ces règles nouvelles furent, au début, fortement combattus. Le Président Antoine Favre, notamment, s'éleva énergiquement contre cet état de choses qui lui paraissait monstrueux : Comment admettre, disait-il, qu'une hypothèque conventionnelle pût exister sans convention, et résulter d'un titre où il n'en était nullement

1. Certains auteurs pensent cependant que cela ne suffit pas à expliquer la véritable origine historique de cette règle. « Il faut aussi tenir compte, pense M. Planiol, de cette circonstance que les notaires étaient jadis des officiers d'une juridiction, et que les actes faits par eux avaient la forme d'un jugement. On en arrivera à confondre l'acte contractuel avec le véritable jugement, parce que le contrat prenait les formes et les procédés de la sentence ». Or, tout jugement de condamnation emportait hypothèque générale sur tous les biens du condamné.

2. Esmein, *op. cit.*

question (1). Mais une jurisprudence constante, faisant sans cesse application de ces règles, finit tout de même par prévaloir, et dès la fin du xviii^e siècle personne ne songeait plus à protester contre ses exigences.

3. Droit intermédiaire.

Les deux grandes règles à la formation desquelles nous venons d'assister, ont-elles sombré sous « le torrent des lois révolutionnaires », ou l'ont-elles au contraire victorieusement traversé pour se présenter dans leur intégrité première aux législateurs de 1804 ?

Au cours de la période intermédiaire, deux lois ont eu pour objet la réforme du régime hypothécaire : la loi du 9 messidor an III, et celle du 11 brumaire an VII.

La première, qui fut l'œuvre de la Constituante, n'a en rien modifié nos deux grands principes. Tout en ne reconnaissant plus que deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque volontaire résultant des conventions, et l'hypothèque judiciaire naissant des jugements, elle laisse subsister la nécessité de la rédaction d'un acte notarié pour toute constitution d'hypothèque conventionnelle, et conserve son caractère de généralité à l'hypothèque tacite résultant de plein droit de tout acte authentique. Sa célébrité lui vient surtout du principe de publicité des hypothèques qu'elle proclame et de l'institution originale des « cédules hypothécaires » qu'elle organise

1. Favre. *De errorib. fragmat. déca.* I. V. aussi B. d'Argentré sur l'art. 194. A. C. Gløse, I, n° 8.

pour la première fois. D'ailleurs, quoique la question soit aujourd'hui discutée, on s'accorde généralement à penser qu'elle n'a jamais été appliquée.

La loi du 11 brumaire an VII, au contraire, en proclamant, à côté du principe de publicité qu'elle maintient, celui de la spécialité des hypothèques conventionnelles, supprime du même coup la deuxième de nos règles. Elle exige en effet que toute stipulation volontaire d'hypothèque fasse connaître individuellement la nature et la situation des immeubles hypothéqués, réservant le caractère de généralité aux seules hypothèques légales restaurées (hypothèque de la femme mariée, et du mineur), et, dans une certaine mesure, à l'hypothèque judiciaire. Désormais, tout créancier qui veut obtenir une garantie hypothécaire doit donc la stipuler expressément et en déterminer exactement l'objet, et le montant de la créance garantie. La forme du titre qui constate la créance ne suffit plus pour lui donner naissance. La loi maintient par contre la nécessité de la forme authentique pour tout acte constitutif d'hypothèque : son article 3 est des plus formels à cet égard.

4. Code civil

Des deux règles que nous avait fournies l'ancien droit en matière hypothécaire, l'une a donc survécu, intacte, à la période troublée de la Révolution, l'autre y a succombé, toute entière. Et, de ce fait, l'on s'explique admirablement pourquoi, alors que le maintien de la première dans le Code civil n'a fait l'objet d'aucune discus-

sion (1), la suppression de la deuxième a donné lieu à de nombreux rapports et à d'interminables controverses (2) : c'est que, tandis que dans l'art. 2.127 les auteurs du code ne font que transcrire une formule fortement établie depuis des siècles, et contestée par personne, dans l'article 2129 ; au contraire, ils optent hardiment en faveur de la législation nouvelle de brumaire contre tous les principes de la jurisprudence antérieure à 89.

Laissant donc de côté, désormais, la règle de l'hypothèque tacite résultant de tout acte notarié, qui a maintenant vécu, nous nous consacrerons uniquement à l'étude de l'article 2127, qui, se bornant, comme nous l'avons dit, à répéter l'antique formule, consacre formellement le monopole des notaires, en exigeant la rédaction d'un acte authentique pour toute constitution d'hypothèque conventionnelle.

1. V. Fenet, XV, p. 360.

2. V. Fenet, XV, p. 220 et suiv. et Locré, XVI, p. 105 et suiv.

CHAPITRE II

SON FONDEMENT RATIONNEL

Quelles que soient les raisons qui, dans l'ancien droit, aient pu justifier le monopole des notaires en matière d'hypothèques, elles ont, toutes, certainement disparu de nos jours. Pour nous en tenir à celle que nous avons donnée ci-dessus, comme étant la plus vraisemblable, à savoir : le renforcement des règles de preuve dans la crainte de fraudes par antidates, il est facile de se convaincre qu'elle fait aujourd'hui complètement défaut.

Tout d'abord, l'authenticité n'est pas de nos jours la seule façon qu'il y ait de donner date certaine à un acte ; ce n'en est même pas le procédé normal : l'enregistrement de l'acte, c'est-à-dire sa mention, sur un registre tenu par un fonctionnaire public, suffit pour lui assurer une date irrémédiable au jour de son insertion.

Ensuite et surtout, l'art. 2.134 du C. civil assigne en principe comme date à l'hypothèque conventionnelle, non pas le jour de sa constitution, pas même celui de son enregistrement, mais celui de son *inscription*. On sait en effet qu'une hypothèque doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite sur un registre tenu par le

« conservateur des hypothèques » ; or c'est le jour de l'accomplissement de cette formalité, et non pas celui de la signature de l'acte constitutif, que la loi prend comme base pour attribuer son rang à l'hypothèque : ce sont les premiers inscrits qui sont les premiers appelés.

Puisque les raisons qui justifiaient autrefois la présence d'un notaire à l'acte n'existent plus aujourd'hui, comment se fait-il que les auteurs du Code civil aient cependant maintenu la règle antique, et continué d'exiger la rédaction d'un acte authentique pour toute constitution d'hypothèque ? Auraient-ils donc obéi à la seule force de l'habitude, se contentant de transcrire, sans en rechercher la raison d'être, une formule désormais sans fondement ?

Un grand nombre d'auteurs n'ont pas hésité à le soutenir, et il nous faudra bien convenir qu'ils ne paraissent pas avoir tout à fait tort.

Certains autres, cependant, tout en reconnaissant que les motifs qui dans l'ancien droit avaient nécessité l'état blissement de ce monopole des notaires font maintenant défaut, estiment que des raisons nouvelles sont nées depuis, qui réclament, non moins impérieusement aujourd'hui qu'autrefois, la présence auprès des contractants d'un officier ministériel qui, tout en les éclairant de ses conseils expérimentés, puisse apporter à cet acte grave entre tous, la garantie de sa science et les bienfaits attachés à son ministère.

Ces derniers font en effet reposer leur principal argument en faveur de l'authenticité, sur la nécessité qu'il y a de protéger le débiteur contre les surprises et les entraînements dont il peut être victime : pressé, disent-

ils, par le besoin immédiat d'argent, l'emprunteur n'a plus sa liberté d'esprit, et se laisse entraîner à consentir au profit de son créancier des hypothèques hors de proportion avec la créance à garantir ; d'autant plus, qu'il ne se rend pas immédiatement compte des conséquences graves que pourra entraîner par la suite l'acte qu'il signe. Il est donc indispensable, affirment ces auteurs, qu'un sage conseiller se tienne à ses côtés au moment de la conclusion du contrat, pour l'éclairer sur les dangers auxquels il s'expose, et restreindre à son avantage les prétentions exagérées du capitaliste.

L'argument ne nous paraît guère fondé : la loi n'a pas besoin de protéger les individus sains et pleinement capables, contre leurs égarements prétendus. Parce que quelques imprudents peuvent se trouver lésés par suite d'hypothèques trop largement consenties, est-ce une raison suffisante pour imposer à l'homme diligent et prudent, qui veut offrir à son créancier des garanties sérieuses, des conditions inutiles et des formalités onéreuses ? Au surplus, l'on peut, en vérité, se demander quel est le si grand danger que court inconsciemment le débiteur qui hypothèque un de ses biens ? Le pire qui puisse en effet lui arriver est de voir son créancier pratiquer une saisie sur l'immeuble hypothéqué. Mais il n'y a rien là de spécial à l'hypothèque ; un simple créancier chirographaire peut saisir au même titre qu'un créancier hypothécaire, et le péril reste en définitive le même ! Si c'est contre cette issue fatale que le législateur a voulu prévenir le débiteur, c'est à l'occasion de tout prêt qu'il eût fallu exiger l'intervention du notaire. Enfin, il est des actes aussi graves, et peut-être plus dangereux que le

contrat d'hypothèque pour lesquels le législateur n'a jamais songé à ordonner la forme authentique; pourquoi donc se montrer plus exigeant ici? Une personne peut vendre son bien et en dissiper le prix, le grever de servitudes, le donner en gage, etc. par simple convention sous signature privée, et pour l'hypothéquer il lui faut le secours d'un notaire!

Il est cependant une raison, ajoutent nos adversaires, qui a dû fortement influencer les auteurs du Code et les déterminer à exiger la présence d'un guide éclairé dans toute constitution d'hypothèque. Il ne faut pas oublier en effet que tout le système hypothécaire du code ne date que de la loi du 11 brumaire an VII, et que bien peu de personnes devaient être alors au courant de ses complexités récentes. Principe de spécialité, principe de publicité, c'était là des règles nouvelles en 1804, et dont l'inobservation entraînait inévitablement la nullité de l'opération toute entière. Dès lors, « contraindre les parties à faire une convention par devant notaire, c'était les obliger à recourir à ce conseil, c'était les protéger contre leur propre ignorance, et, en même temps, défendre la nouvelle législation contre les récriminations qu'elle aurait justifiées, si, dans les premiers temps de son application, elle avait donné lieu à trop de surprises et d'annulations (1) ».

L'argument, pour être assez juste, n'en est pas moins que transitoire. Il y a plus d'un siècle que la loi de brumaire a posé les principes fondamentaux de la matière des hypothèques, et nous commençons à y être fami-

1. V. Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, IX, 94 bis.

liarisés. De plus, il ne convient pas, de s'exagérer outre mesure le formalisme et la complexité d'un acte constitutif d'hypothèque. Il suffit, en réalité, d'y mentionner la somme due, et d'y désigner suffisamment les immeubles qu'on affecte à la garantie de son remboursement ; or, ce sont là des énonciations qui viennent tout naturellement, semble-t-il, sous la plume de tout rédacteur, même ignorant du droit. Il est donc permis d'espérer que bien peu de personnes, en somme, verraient leur convention annulée pour vice de forme. D'ailleurs, n'est-il pas toujours loisible aux parties qui craignent de faire un acte nul de s'adresser à un notaire ? Mais qu'il soit aussi permis aux personnes expérimentées de régler elles-mêmes, et librement, leurs conventions pécuniaires (1) ! Remarquons enfin qu'il existe, comme nous le faisons remarquer tout à l'heure, des conventions aussi compliquées que l'hypothèque, et dont l'efficacité n'est pas moins difficile à assurer, que la loi permet toutefois de constater par sous seing privé, ou même par témoins, sans qu'il en soit jamais résulté de bien graves désordres.

1. Les grandes sociétés de crédit surtout y trouveraient leur avantage. Dès maintenant n'ont-elles pas des formules tout imprimées, aussi bien étudiées que celles des notaires, et que ces derniers se contentent de recopier sur papier timbré ? Si l'art. 2127 disparaissait du Code civil, il en serait vraisemblablement des prêts hypothécaires comme il en est actuellement des contrats d'assurance, les parties n'auraient qu'à remplir les blancs de formules préparées d'avance sur timbre — comme cela se passe déjà, d'ailleurs, dans les pays, comme l'Australie, ou la Tunisie, où s'applique le système Torrens (V. Gillard, *op. cit.*).

On a encore fait valoir en faveur de la règle de l'art. 2127 une raison d'un caractère plus pratique, et qui, de ce fait, ne manque pas d'une certaine force. En effet, a-t-on dit, les signatures apposées sur les actes sous seing privé n'offrant aucune garantie d'authenticité, il est à craindre que les registres des conservateurs d'hypothèques, où il doit nécessairement régner un ordre et une clarté absolus, ne soient alors surchargés d'inscriptions fantaisistes et inutiles. L'authenticité de l'acte qui doit servir de base à l'inscription a, au contraire, le grand avantage d'assurer d'une façon absolue la sincérité des signatures qui y sont apposées, et d'éviter également, qu'au moment de la réalisation, « une simple dénégation d'écriture ne vienne interrompre la procédure d'ordre en cours et arrêter le juge commissaire dans le règlement définitif entre les créanciers » (1).

Cet argument, qui, à en croire Laurent, est celui qui a décidé le législateur belge de 1851 à consacrer aussi le principe de la solennité de l'hypothèque, n'est cependant pas, croyons nous, sans réplique. Certes, l'on ne pourrait pas, sous peine de voir une grande confusion régner dans les cahiers des conservateurs, supprimer purement et simplement l'art. 2127 ; mais on pourrait tout au moins y remplacer la formalité prescrite par une autre beaucoup plus simple, et surtout moins onéreuse. Qu'est-ce qui empêcherait de subordonner, par exemple, la validité de l'inscription requise, à la certification, à la « légalisation » des signatures apposées sur l'acte

1. V. en ce sens, Laurent, XXX, 397 Et l'opinion de la Cour d'Angers dans les *Documents sur la Réforme hypothécaire de 1841*, III, n° 489.

de constitution d'hypothèque par un notaire ou par un des magistrats de l'ordre civil ou judiciaire ayant compétence à cet égard ? C'est d'ailleurs à cette solution économique que s'est arrêté le Code civil italien de 1865, qui, après avoir posé dans l'art. 1978 le principe de la liberté des formes de l'acte constitutif d'hypothèque, décide dans son art. 1989 que l'inscription ne peut avoir lieu que si la signature des parties a été certifiée par un notaire, ou reconnue en justice. Le Code civil de la Louisiane, de 1825, s'inspire des mêmes idées.

A vrai dire, et il faut le reconnaître, tous les arguments qui ont été donnés par nos adversaires en faveur du monopole des notaires en matière d'hypothèques contiennent, à n'en pas douter une certaine part de vérité ; nous trouvons seulement qu'ils ne sont pas suffisants pour autoriser le législateur à déroger au principe de la liberté des conventions en imposant certaines formes encombrantes et onéreuses à la volonté des parties contractantes. Certes, le contrat d'hypothèque est un acte assez complexe, et suffisamment grave, puisqu'il engage l'avenir, pour nécessiter certaines précautions ; et le secours d'un homme de loi peut y être fort utile, quelquefois même indispensable (1). Mais quoique très précieux, leur ministère n'a pas besoin d'être obligatoire.

1. Cette remarque n'a d'ailleurs rien de spécial à la matière des hypothèques, car il serait à souhaiter que, d'une façon générale, l'on fit plus constamment encore, appel au ministère des notaires. Grâce à leur capacité professionnelle, à la parfaite rédaction de tous les actes qu'ils dressent, à l'habileté, enfin, qu'ils savent déployer (en raison de leur intérêt personnel) pour faire tout aboutir à des arrangements amiables, que de procès ruineux pourraient être évités !

Il n'appartient pas, encore une fois, au législateur de protéger malgré lui, contre son inexpérience, l'individu majeur et sain d'esprit ; il doit seulement lui donner les moyens de la corriger, ou d'y remédier, sans toutefois l'y contraindre. Toute opération pouvant d'ailleurs devenir dangereuse entre des mains maladroites, faudrait-il donc toujours exiger des contractants un surcroît de précautions, qui nuirait à la masse des individus dans le seul but de garantir un petit nombre d'imprudents ? « Les lois ne sont pas faites pour les imbéciles », et le fait qu'un contrat peut être préjudiciable à quelques ignorants, n'est pas un motif suffisant pour rendre sa constitution plus difficile et plus onéreuse pour tout le monde.

C'est qu'en effet le ministère des notaires, quelque précieux qu'il soit, coûte fort cher ; d'autant plus, qu'à la note de ses honoraires vient s'ajouter celle non moins élevée des frais d'enregistrement, d'expédition, d'inscription et de timbre. Le système est d'autant plus défectueux que ce sont surtout les petits propriétaires, si nombreux en France, et pour qui l'hypothèque de leur lopin de terre constitue à peu près l'unique moyen de crédit, qui sont appelés avant tous autres à en supporter les déplorables effets. On a calculé qu'avec notre organisation actuelle, « un propriétaire ne trouve jamais à emprunter sur hypothèque à moins de 6 o/o ; le prix de l'argent pouvant même atteindre 25 o/o pour les prêts hypothécaires inférieurs à 500 francs, qui sont de beaucoup les plus nombreux » (1). En présence de ces résul-

1. Voyez-en la démonstration, chiffres à l'appui, dans Chau-
Foucq

tats désastreux, et si l'on constate surtout que ce sont précisément les emprunts les plus minimes, les seuls qui soient à la portée de la petite agriculture, qui coûtent le plus cher, on est presque tenté de répéter avec la Cour de Riom (1) « que l'agriculture est ruinée, tout à la fois, et par les capitaux qui lui manquent, et par ceux qu'on lui prête ».

veau, *Essai sur la mobilisation de la propriété foncière*, 1888 et dans Gillard, th. Paris 1889.

1. *Docum. hypoth.* 1841, t. I, p. 75.

CHAPITRE III

SA PORTÉE EXACTE

I

L'art. 2127, qui exige un acte authentique pour toute constitution d'hypothèque contentieuse, est un texte exceptionnel, puisqu'il déroge au droit commun d'après lequel les contrats se forment par le seul consentement des parties. Il doit donc s'interpréter strictement, et la règle d'authenticité qu'il pose doit être restreinte à la seule convention d'hypothèque qu'il vise expressément.

Parsuite, on ne saurait en étendre l'application à l'acte qui constate la créance à la garantie de laquelle est affectée l'hypothèque. Sans doute, l'obligation et l'hypothèque se trouveront réunies le plus souvent dans un même acte notarié ; mais ils peuvent également être séparés, ainsi que le prévoit d'ailleurs l'art. 2129 du C. civil. Dans ce dernier cas, l'acte qui contient constitution d'hypothèque devra seul être nécessairement authentique, la créance pouvant être valablement constatée par sous seing privé, et même par témoins (art. 1101 et suiv.

du C. civil). C'est ce qui se produit notamment dans le cas où l'hypothèque garantit une créance indéterminée dont un acte sous signature privée a pour but de fixer le montant.

La jurisprudence admet même que l'obligation peut être à ordre ou au porteur, sa transmission emportant, du même coup, celle de l'hypothèque qui y est attachée (1).

II

Par application de la même idée, il faut admettre aussi que la simple promesse de constituer hypothèque peut être faite par acte sous seing privé. Une telle convention ne donne en effet naissance à aucun droit réel d'hypothèque, mais à un simple droit créance; le promettant y est seulement tenu d'une obligation de faire.

On peut toutefois se demander ce qui arrivera si le promettant refuse d'exécuter sa promesse et de signer ensuite l'acte constitutif d'hypothèque? Le tribunal pourra-t-il décider, comme il le fait couramment pour les simples contrats consensuels, que, faute par le débiteur de signer l'acte dans un certain délai, le jugement en tiendra lieu? Nous ne le pensons pas. La chose est possible quand il s'agit de contrats ordinaires parce que l'acte n'est alors exigé que comme moyen de preuve. Mais le contrat d'hypothèque est au contraire un acte solennel, pour lequel l'art. 2127 exige absolument la

1. Paris, 15 mai 1878, D. 82. 1. 108. Cass. (Rapport), 8 mai 1878. 1. 241. V. aussi Gillard, th. Paris, 219.

présence d'un notaire : c'est là une condition en l'absence de laquelle le contrat ne se forme pas ; et le jugement ne peut y suppléer (1). Tout ce que peut faire le créancier en l'espèce, c'est de demander au tribunal de prononcer à son profit, outre les dommages-intérêts d'usage, la déchéance du terme qui affectait l'obligation (2), et de condamner le débiteur au paiement immédiat de la totalité de la créance, pour la garantie de laquelle il obtiendra ainsi une hypothèque judiciaire sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

III

On peut dire, dans une certaine mesure qu'en ce qui concerne l'acte constitutif d'hypothèque lui-même, le monopole des notaires n'est pas absolu, il est loin d'être certain, en effet, que tous les éléments nécessaires à la validité de ce contrat doivent être, à peine de nullité, constatés en la forme authentique.

Nous aurons donc à étudier ici les controverses qui se sont élevées à l'occasion de savoir la forme en laquelle doit se manifester chacun des éléments suivants :

- 1^o Le consentement du débiteur.
- 2^o L'acceptation du créancier.
- 3^o La spécialisation de l'hypothèque.

1. V. Baudry et de Loynes, II, 528. Aubry et Rau, III. Troplong, II. Gillard, n^o 252. Paris, 14 déc. 1893. Cpr. Tribunal civil de Langres, 31 déc. 1897. *Gaz. des tribunaux*, 15 avril 1898.

2. Argument *a fortiori* tiré des art. 1188 et 2131 du Code civil.

A. — *Le consentement du débiteur.*

Lorsque le débiteur concourt personnellement à la constitution de l'hypothèque, la question semble ne devoir faire aucun doute. L'art. 2127 du C. civil est en effet formel à cet égard, en déclarant « que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte passé en la forme authentique, et devant notaire ».

La question devient au contraire fort controversée, lorsque le débiteur s'y fait représenter par un mandataire : la procuration qu'il donne à cet effet doit-elle être aussi passée par devant notaire ?

Il est à remarquer que l'application pure et simple du droit commun conduit sûrement à la négative. Dans le chapitre 1^{er} du titre 13 du C. civil, qui traite « de la nature et de la forme du mandat » ; l'art. 1985 dispose en effet : « Le mandat peut être donné ou par acte public ou par « écrit sous seing privé, même par lettre ; il peut aussi « être donné verbalement ».

Un certain nombre de textes du Code civil dérogent, il est vrai, à cette règle générale ; l'on peut citer en ce sens : l'art. 36, l'art. 66, l'art. 933 ; mais dans la matière des hypothèques aucune disposition spéciale de la loi n'en restreint l'application. Or, « pas d'exceptions sans textes ! » L'on serait donc tenté, en se conformant à la logique juridique, de décider que le mandat de constituer hypothèque peut être donné par sous seing privé, voir même verbalement. Une certaine partie de la doctrine l'a en effet soutenu, et la jurisprudence s'y est même montré favorable pendant longtemps.

Mais les tribunaux sont aujourd'hui revenus de ces errements, et la grande majorité des auteurs s'y est avec raison ralliée. L'on peut tout d'abord faire remarquer, qu'étant donnés les articles 36, 66, etc., ci-dessus visés, il y aurait une sérieuse raison d'analogie pour en appliquer ici la solution commune : puisque dans tous les cas où la loi exige la forme authentique pour l'acte principal (contrat de mariage, donation), elle décide aussitôt que la procuration donnée pour y représenter la partie contractante doit revêtir la même forme, pourquoi en serait-il autrement pour le contrat d'hypothèque ? Ne conviendrait-il pas plutôt d'expliquer cette lacune dans la matière des hypothèques par un oubli du législateur ?

La loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés vient d'ailleurs corroborer fortement cette hypothèse : après avoir énuméré les actes qui nécessitent la présence de deux notaires (1) elle ajoute aussitôt que les procurations données à l'effet de constituer ces mêmes actes doivent nécessairement revêtir la même forme solennelle.

Enfin, et surtout, il nous semble que l'argument principal et décisif réside dans l'art. 2127 lui-même : cet article exige en effet que l'hypothèque soit « *consentie* » par acte authentique ; or c'est dans la procuration, et non pas dans l'acte constitutif que se trouve le « *consentement* » du débiteur. De plus, s'il est vrai que c'est dans un but de protection pour le débiteur, que le législateur exige le secours d'un officier ministériel, c'est seulement au moment précis où s'exprime sa volonté déci-

1. Ou d'un notaire et de deux témoins instrumentaires.

sive que peut lui être utile cette intervention. Ce serait donc méconnaître absolument et le texte et l'esprit de l'art. 2127 que de décider que le mandat d'hypothéquer peut être valablement donné sous signature privée.

La jurisprudence est d'ailleurs fermement fixée en ce sens depuis un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1854 (1) qui s'exprime résolument en ces termes : « attendu qu'un contrat hypothécaire fait en vertu de la procuration sous seing privé du débiteur ne constate pas en forme authentique le consentement de celui-ci à la création de l'hypothèque ... que ce consentement, étant l'élément essentiel de la convention hypothécaire, il suit de là que si ce débiteur stipule par un mandataire la procuration doit participer de l'authenticité du contrat même... » Enfin, le législateur lui-même vient de reconnaître indirectement le bien fondé de cette interprétation en y apportant expressément une exception importante qu'il nous faut maintenant étudier.

La loi du 1^{er} août 1893, sur les sociétés commerciales, décide en effet que les mandats donnés par ces sociétés à leurs représentants légaux de constituer hypothèque sur leurs immeubles peuvent être contenus dans des statuts ou dans des procès-verbaux de délibérations rédigés sous signatures privées. Elle maintient cependant la nécessité de l'authenticité pour l'acte constitutif d'hypothèque lui-même.

Avant 1893, la jurisprudence, faisant en cette matière l'application logique de son système, décidait en effet que si les administrateurs et gérants de sociétés quelcon-

1. S. 54. 1. 322.

ques voulaient hypothéquer les immeubles de ces sociétés en vertu de pouvoirs à eux spécialement conférés, ces pouvoirs devaient être nécessairement contenus dans une procuration authentique. La question n'était guère contestée tant qu'il s'agissait d'un mandat spécial résultant, postérieurement à la constitution de la société, d'une délibération de l'Assemblée générale des associés. Tout le monde était bien forcé alors d'admettre qu'un procès verbal authentique devait en être dressé puisqu'il devait contenir procuration régulière pour hypothéquer. La solution était au contraire fort discutée quand le pouvoir d'hypothéquer conféré aux gérants et administrateurs était contenu dans les statuts mêmes de la société. Certains auteurs soutenaient alors que ces statuts n'avaient pas besoin d'être rédigés par un notaire parce qu'ils ne contenaient pas à proprement parler constitution d'un mandataire : On ne peut en effet pas dire, soutenaient-ils, que le représentant d'une société quelconque soit le mandataire de ses coassociés, car « les sociétés commerciales constituent des personnalités juridiques organisées par la loi, et quand les gérants ou les administrateurs agissent en vertu des statuts, ce ne sont pas des tiers qui interviennent pour la société, c'est la société elle-même qui agit par ses seuls organes légaux » (1). — Déjà vraie pour les sociétés anonymes, cette conception ne fait aucun doute, continuaient-ils, quand il s'agit de sociétés en commandite ; en effet, « le gérant d'une telle société ne signe pas par procuration comme le ferait un mandataire, comme le fait notam-

1. Rataud, *Revue critique*, 1882, p. 209.

ment l'administrateur d'une société anonyme ; il se sert de la signature sociale comme de sa propre signature, et, ce faisant, il oblige la société, ce qui n'est pas le cas du mandataire qui oblige son mandant sans s'obliger lui-même » (1).

Cette doctrine ne nous semble pourtant pas acceptable : Tout d'abord, appliquée à l'administration des sociétés anonymes, elle nous paraît en contradiction avec la conception que s'en fait le législateur ; celui-ci s'en explique en effet de la façon suivante : art. 31 du C. de commerce « Elle (la société anonyme) est administrée par des *mandataires* à temps, révocables... » art. 32 : « Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du *mandat* qu'ils ont reçu » ; Enfin, la loi du 24 juillet 1864 dispose de même. « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs *mandataires* à temps »... A moins de dénaturer, on le voit, ces textes pourtant formels, il semble difficile d'admettre que les administrateurs ne soient pas des « mandataires ».

Pour ce qui est des sociétés en commandite, s'il est vrai que dans leurs rapports avec les tiers, le gérant semble bien s'identifier avec la société pour le compte de laquelle il agit, la personnifier pour ainsi dire, il n'en est pas moins vrai qu'au fond, et dans ses rapports avec ses coassociés sa qualité de mandataire apparaît clairement : Puisqu'en contractant il oblige ses coassociés, n'est-ce pas dire par la même que ceux-ci lui en ont donné le pouvoir, l'ont, autrement dit, constitué leur mandataire ?

1. Gillard, *op. cit.*

En admettant même, enfin, que la conception de nos adversaires soit exacte pour tout ce qui concerne l'exercice de pouvoirs attachés de plein droit à la fonction d'administrateur ou de gérant ; puisque le droit d'hypothéquer ne rentre pas dans le cadre normal de ces attributions administratives, et qu'il faut donc donner à ces représentants des pouvoirs spéciaux à cet effet, comment appeler la convention par laquelle une collectivité charge des individus de faire pour son compte une opération juridique déterminée, si ce n'est un « mandat » ? (1) (2).

La controverse conserve aujourd'hui encore un certain intérêt pratique, puisque le droit commun continue à s'appliquer aux sociétés à objet civil n'empruntant pas la forme commerciale. Mais une jurisprudence, maintenant inébranlable, l'a de nos jours rendue presque vaine, et la question ne semble plus se discuter.

En faveur des sociétés commerciales le législateur moderne a donc dérogé à la règle générale d'authenticité des hypothèques ; toutefois l'exception qu'il apporte au monopole des notaires en cette matière n'est pas si importante qu'on pourrait le croire, puisque c'est uniquement au mandat d'hypothéquer que s'applique la dis-

1. V. en ce sens : les conclusions de M. l'Avocat Général Desjardins. Cass., 23 décembre 1885, D. 86. 1. 97.

2. Allant plus loin, certains auteurs auraient même voulu exiger aussi l'authenticité pour les mandats donnés par les associés absents à un de leurs collègues de les représenter à l'Assemblée générale devant voter la constitution de l'hypothèque. Mais on leur a fait justement observer que ce n'est pas les associés individuellement qui constituent l'hypothèque sur les immeubles sociaux, mais la société toute entière, en tant que personne morale.

pense de formes qu'il édicte. Ainsi s'exprime en effet l'art 69 de la loi du 1^{er} août 1893 : « Il pourra être consentie hypothèque au nom de toute société commerciale en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous seing privé, ou des autorisations ou délibérations constatées dans les formes réglées par le dit acte. *L'acte d'hypothèque sera passé en forme authentique conformément à l'art. 2127 du Code civil* ».

Les raisons qui ont poussé le législateur à établir cette exception en faveur des sociétés sont faciles à discerner : c'est tout d'abord l'économie importante que cette réforme permet aux sociétés de réaliser ; c'est ensuite la célérité plus grande qu'elle apporte dans la constitution des sociétés ou la rédaction des procès-verbaux de leurs délibérations ; c'est enfin, et surtout, l'absence, en l'espèce, des motifs qui, lorsqu'il s'agit d'individus isolés, justifient les formalités de l'art. 2127, car presque toujours les personnes qui constituent des sociétés sont des hommes d'affaires, déjà fort expérimentés, auxquels par conséquent le secours d'un officier ministériel serait superflu.

Il nous reste à fixer d'un mot l'étendue d'application de la loi de 1893, c'est-à-dire à déterminer exactement la nature des sociétés que le législateur a eues en vue en édictant ses dispositions nouvelles. Sans entrer dans les discussions auxquelles cette question a donné lieu (ce qui excéderait les limites de cet ouvrage), nous nous contenterons de dire qu'une jurisprudence constante en fait l'application journalière — sans tenir compte de la date de leur constitution : 1^o à toutes les sociétés commerciales, quelle qu'en soit la forme (anonymes, en com-

mandite par actions ou par intérêts, en nom collectif); 2° aux sociétés ayant un objet civil mais empruntant la forme commerciale (soc. anonymes et en commandite par actions); la loi ne distinguant pas entre les sociétés en commandite par actions et celles en commandite par intérêts, une partie de la doctrine aurait voulu en faire aussi application à ces dernières, mais la jurisprudence s'y est toujours refusée (1).

B. — *L'acceptation du Créancier.*

Le contrat d'hypothèque est un contrat consensuel, c'est-à-dire qui nécessite pour sa formation le concours des volontés des parties contractantes (2). Nous avons vu comment le consentement du débiteur doit se manifester; il nous reste à étudier les formes que doit à son tour revêtir l'acceptation du créancier. Est-il nécessaire qu'elle soit également constatée par acte authentique? Naturellement, la question ne se pose que si elle intervient postérieurement à l'acte constitutif d'hypothèque, auquel, par hypothèse, le créancier n'a pas concouru.

Certains auteurs, tirant argument des termes même de l'art. 2127 ont soutenu que cette acceptation tardive devait, à peine de nullité, revêtir aussi la forme authentique. En effet, disent-ils, la loi ne distingue pas entre débiteur et créancier lorsqu'elle dit dans l'art. 2127,

1. Voyez-en la discussion théorique dans Lyon-Caen et Renault, t. II.

2. V. cependant en sens contraire un inconcevable arrêt de la Cour de Lyon du 9 mai 1837 (S. 37. 2. 468).

que l'hypothèque doit nécessairement être « *consentie* » pardevant notaire ; car le mot « *Consentement* », son étymologie nous le prouve suffisamment, signifie accord de deux volontés, assentiment réciproque ; c'est donc aussi bien à la volonté du créancier, qu'à celle du débiteur, que la loi a entendu conférer le caractère authentique.

Mais la jurisprudence et la majorité de la doctrine y sont à bon droit contraires. Sans compter en effet que le seul argument dont disposent nos adversaires n'est qu'un argument de texte, leur doctrine repose peut-être sur une fausse interprétation du mot même dont ils tirent argument. L'hypothèque doit être « *consentie* » dit la loi ; or il est permis de penser qu'elle a voulu attribuer ici à ce verbe un sens actif et unilatéral, le prenant comme synonyme de « *concédée* », ou de « *constituée* ». Cette dernière interprétation aurait le grand avantage de s'accorder avec l'esprit possible de la loi : S'il est vrai que c'est dans un but de protection pour le débiteur que le législateur exige la présence d'un notaire à l'acte, comment expliquer la même exigence en ce qui concerne le créancier ? celui-ci ne court en effet aucun risque, puisque l'hypothèque ne peut que lui être profitable. Il convient enfin de faire remarquer qu'à propos des donations la loi a éprouvé le besoin de dire expressément (art-932) que l'acceptation du donataire doit être exprimée en la forme authentique ; « ce qui prouve que la chose n'allait pas toute seule, et permet par conséquent de ne pas appliquer la même règle à l'acte constitutif d'hypothèque » (1).

1. V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, p. 542.

Nous persistons donc à croire que le créancier peut accepter par sous seing privé, et même tacitement, l'hypothèque que lui a « *consentie* » le débiteur. La simple requisition d'inscription adressée au conservateur des hypothèques suffirait, par exemple, à constituer, semble-t-il, une manifestation suffisante de volonté. En vertu de la même idée, aucune forme spéciale n'est requise pour le mandat donné par le créancier à un tiers d'accepter l'hypothèque en son nom ; un simple mandat verbal serait pleinement suffisant. La jurisprudence admet même que l'acceptation peut être valablement faite par un « *negotiorum gestor* », sauf, bien entendu, ratification ultérieure de la part du créancier. Ajoutons que ce rôle de mandataire ou de gérant d'affaires du créancier ne pourrait toutefois être utilement rempli par le notaire rédacteur du contrat, puisque la loi de ventose an xi interdit expressément aux notaires d'être eux-mêmes parties à l'acte qu'ils rédigent. La sanction de cette prescription étant la nullité de l'acte en tant qu'acte authentique, (art. 69 de la dite loi) le contrat d'hypothèque ne vaudrait plus en ce cas que comme sous-seing privé — autant dire qu'il ne vaudrait plus rien.

On admet généralement que l'acceptation tardive par le créancier, ou pour lui par un tiers, n'empêche pas l'hypothèque de rétroagir au jour même de sa constitution, et de prendre date à l'égard des tiers du jour de l'inscription qui l'a vivifiée, quand même elle aurait été inscrite avant l'acceptation du créancier (1). Mais cette

1. V. en ce sens Gillard, *op. cit.*, p. 600 et suiv. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. II.

opinion, quoique très répandue, nous paraît difficilement acceptable. Comment admettre en effet que l'acceptation du créancier puisse agir à la façon d'une condition suspensive ? Celle-ci suppose les éléments essentiels de la convention préalablement existants, le contrat attendant seulement pour naître juridiquement la réalisation de l'événement incertain. Or, dans notre hypothèse, ce qui manque au contrat, ce n'est pas cet élément accessoire qu'est la réalisation d'une condition ; c'est un des termes mêmes de la convention : c'est la volonté du créancier, sans le concours de laquelle le contrat ne peut se former ni produire des effets utiles. Comme tout contrat consensuel, le contrat d'hypothèque nous semble donc ne devoir prendre naissance et devenir efficace que par la rencontre des volontés des deux parties contractantes, et seulement à partir de ce moment.

C. — *La spécialisation de l'hypothèque.*

Le principe de la spécialité des hypothèques, posé par la loi de Brumaire an VII, et heureusement maintenu par le Code civil, exige qu'on mentionne dans l'acte constitutif d'hypothèque et dans l'inscription prise ensuite :

1^o La désignation individuelle des immeubles hypothéqués.

2^o Le montant exact de la créance à garantir.

Ces énonciations doivent être nécessairement contenues dans l'acte *authentique* constitutif d'hypothèque.

Les articles 2129 pour le gage hypothécaire, et 2132 pour la créance garantie disposent en effet :

Art. 2129 : « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle
« valable que celle qui, soit dans le titre *authentique* cons-
« titutif de la créance, soit dans un acte *authentique* pos-
« térieur, déclare spécialement la nature et la situation
« de chacun des immeubles actuellement appartenant au
« débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la
« créance »...

Art. 2132 § 1 : « L'hypothèque conventionnelle n'est
« valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est
« consentie est certaine et déterminée par l'acte »...

La sanction de l'inobservation de ces prescriptions consiste dans la nullité absolue de l'hypothèque. Tout intéressé peut s'en prévaloir, à commencer par le débiteur lui-même, puisque c'est en sa faveur surtout qu'a été établi le principe. Cette nullité ne saurait d'ailleurs se couvrir par la spécialisation postérieure de la créance ou du gage dans l'inscription prise au bureau du conservateur des hypothèques, car l'inscription n'étant qu'une mesure conservatoire ne peut conserver que ce qui est précédemment existant et valable (1).

En ce qui concerne la spécialité de la créance, il convient toutefois de faire remarquer que, lorsque le montant de l'obligation est encore indéterminé au moment de la rédaction de l'acte constitutif d'hypothèque, une simple évaluation approximative de son quantum faite par le créancier dans l'inscription, est suffisante ; sans qu'il soit même nécessaire que l'acte postérieur qui en

1. V. en ce sens Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II.

Foucade

opère la liquidation et en fixe le chiffre exact soit lui-même authentique. L'art. 2132 du Code civil ne peut laisser aucun doute à cet égard : ainsi s'en explique-t-il en effet dans son paragraphe deuxième.

Art. 2132, § 2. — « Si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu ».

A en croire les termes de cet article, on serait tenté d'assimiler en tous cas l'obligation conditionnelle à l'obligation indéterminée, car le texte les englobe toutes deux dans une même formule. Mais il y a certainement là un vice de rédaction, car ces deux caractères possibles d'une même créance ne sont pas inséparables l'un de l'autre, et pour être incertaine dans son existence, une créance peut n'être pas moins déterminée dans son quantum. Tous les auteurs s'accordent donc à rayer purement et simplement les mots — « conditionnelle pour son existence » — de l'art. 2132, dont ils se contentent d'appliquer les autres dispositions, sans tenir aucun compte du caractère conditionnel de l'obligation : « De deux choses l'une, en effet, ou la créance conditionnelle est déterminée dans son quantum, ou elle ne l'est pas : déterminée, elle tombe sous l'application du premier paragraphe de l'article ; indéterminée, elle rentre dans l'hypothèse prévue par le deuxième (1) ».

1. Gillard, n° 300.

La loi ne le disant pas, l'on s'est demandé si la modalité (condition ou terme) affectant la créance devait nécessairement être contenue dans l'acte authentique d'hypothèque. Mais tirant précisément argument du silence même de la loi, nous ne croyons pas qu'il faille ajouter cette cause de nullité à celles limitativement prévues par les textes de lois. D'autant plus, qu'il n'y aurait aucune bonne raison, semble-t-il, pour empêcher une modalité parfaitement connue des parties, quoique non exprimée, de produire son effet normal sur l'hypothèque qu'elle affecte naturellement. Cependant, comme il faut que les tiers soient tout de même avisés de son existence et de sa nature, relation doit en être nécessairement faite dans l'inscription.

Une intéressante application de ces principes a été faite à la convention d'ouverture de crédit lorsqu'elle est garantie par une hypothèque. On a très justement décidé en ce cas que, quoique la créance devant résulter de sa réalisation fût une créance conditionnelle (puisque'elle ne doit prendre naissance que si le « crédité » le veut bien), l'acte constitutif d'hypothèque devait nécessairement exprimer le montant du crédit ouvert ; cette somme bien déterminée ne constitue-t-elle pas en effet le maximum que ne pourra dépasser le total de la créance (1).

1. A vrai dire, la validité même de cette convention a été mise en doute par certains auteurs. En effet, ont-ils dit, elle tombe sous le coup de l'art. 1174 du Code civil puisqu'elle contient une condition potestative, l'obligation ne devant prendre naissance que si le crédité y consent. Le caractère purement potestatif de cette condition est indéniable, cependant l'art. 1174

Il n'est pas utile, par contre, que les réalisations de prêt successives faites en exécution de l'ouverture de crédit, soient elles aussi constatées par acte notarié, car l'art. 2127 n'exige l'authenticité que pour la constitution de l'hypothèque, et non pas pour l'obligation à la sûreté de laquelle est consentie l'hypothèque (1). Ce bénéfice ne subsiste toutefois que tant que le total des réalisations ne dépasse pas le montant du crédit ouvert, porté dans l'acte constitutif d'hypothèque. Tout le supplément doit en effet être considéré comme un nouveau prêt à la garantie duquel une nouvelle hypothèque doit être régulièrement consentie en la forme authentique. — La Cour de Pau, qui s'était prononcée en sens contraire a vu son arrêt cassé par la Cour de cassation (2).

n'est pas ici violé car il a pour but de n'interdire que les « conditions potestatives de la part de celui qui s'oblige », or, « dans la convention d'ouverture de crédit (mais non dans le prêt qui naît de sa réalisation) ce n'est point le crédité, c'est le créancier qui s'oblige » (Boistel).

1. V. *suprà*, p. 35. Merlin, après avoir soutenu la thèse contraire (Quest. 2^e éd.) a lui-même changé d'avis sur la question (Quest. 3^e éd.).

2. Pau, 22 août 1849 (D. P. 54. 1. 275). Cass. 1^{er} déc. 1852 (D. P. 54. 1. 275).

CHAPITRE IV

SA SANCTION

I

Il va de soi que l'acte notarié constitutif de l'hypothèque doit être valable comme tel. S'il était nul pour incapacité ou incompétence de l'officier ministériel, il ne vaudrait plus en effet que comme acte sous-seing privé, lequel, nous le savons, n'a pas la force de créer une hypothèque.

Sans vouloir passer ici en revue toutes les qualités que doit réunir un acte notarié, il nous faut cependant examiner quelques questions de forme extérieure qui se posent spécialement en notre matière.

Il convient tout d'abord de faire remarquer que l'art. 2127 du C. civil en ce qu'il exige la présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins à la réception d'un acte constitutif d'hypothèque, a été implicitement modifié par la loi du 12 août 1902. Cette loi spéciale au notariat, énumérant en effet les actes solennels qui nécessitent la présence réelle de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins instrumentaires, ne

mentionne pas parmi eux la constitution d'hypothèque.

Rappelons toutefois que si l'un des comparants ne sait pas signer, l'acte devra être soumis à la signature d'un deuxième notaire. Mais cette règle n'a rien de spécial à la matière des hypothèques.

L'acte constitutif d'hypothèque doit-il être nécessairement reçu en minute ? On serait tenté de le croire, en lisant la loi du 25 ventose an XI, qui a précisément pour but d'organiser le notariat. Cette loi porte en effet dans son article 20. « Les notaires seront tenus de garder minute des actes qu'ils recevront. Ne seront néanmoins compris dans la présente disposition, les certificats de vie, procurations, acte de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes, et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet ». La constitution d'hypothèque ne figurant pas parmi les actes énumérés dans le paragraphe 2 comme soustraits au principe général posé dans le paragraphe 1 semble donc devoir être rédigé en minute. Le contraire ne fait cependant pas de doute en présence de l'article 2148 du Code civil qui dit : « Pour « opérer l'inscription, le créancier représente ... *l'original en brevet*, ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque ». Or, les termes « original en brevet » s'appliquent nécessairement à « l'acte qui donne naissance à l'hypothèque », puisque les jugements sont toujours rédigés en minute. Est-ce à dire qu'il faille considérer la convention d'hypothèque comme « un acte simple » dans le sens de l'article 20 de la loi de ventose ? Nous ne le pensons pas ! N'est-il pas plus logique d'admettre que l'article 2148,

qui est postérieur à la loi de l'an XI, ait ajouté (pour des raisons d'ailleurs difficilement explicables (1)) une exception de plus au principe que tout acte notarié doit être reçu en minute (2).

Demandons nous enfin si, comme l'ont soutenu certains auteurs déjà anciens (3) l'enregistrement de l'acte notarié constitutif de l'hypothèque est nécessaire pour la validité même de cette constitution. La question a, à vrai dire, perdu aujourd'hui presque tout intérêt pratique personne n'en contestant plus la solution ; aussi serons-nous très brefs à son endroit. La controverse offrait au contraire un très grand intérêt dans l'ancien droit où les hypothèques prenaient rang du jour de leur constitution, et où, comme nous l'avons vu, un édit de Henri III de 1581 avait exigé la formalité du « contrôle » pour la validité de tout acte notarié créateur d'hypothèque.

Les auteurs qui soutiennent que l'enregistrement est nécessaire à la validité de l'acte constitutif d'hypothèque citent en faveur de leur doctrine l'article 9 de la loi du 5 décembre 1790 qui dit en effet : « à défaut d'enregis-

1. Lors de l'enquête sur la réforme hypothécaire, en 1841, un grand nombre de cours d'appel ont demandé la suppression des mots « original ou brevet » de l'art. 2148. La loi belge du 16 décembre 1851 a déjà réalisé cette réforme. Cependant certains auteurs en réclament de nos jours le maintien, dans le but de favoriser la mobilisation du crédit foncier en France (V. Gil-lard, n° 215).

2. On ne peut guère citer qu'un seul arrêt sur la matière ; il s'est prononcé en faveur de ce dernier système (Alger, 7 mai 1870, D. P. 71. 2. 1).

3. Merlin (*Rép.*, v° *Enreg.* § 4) et Grenier (*op. cit.*, t. I, n° 17).

trement dans les délais, un acte passé devant notaire ne pourra valoir que comme acte sous seing privé » ; or un sous seing privé, nous le savons, ne peut suffire à créer une hypothèque.

Sans doute ; mais nous croyons que l'article 9 de la loi de 1790 a été expressément abrogé par l'article 73 de la loi du 22 frimaire an VII, qui porte : « Toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement, et toutes les dispositions d'autres lois y relatives, sont, et demeurent abrogées pour l'avenir » ; et qu'il le fut implicitement par l'article 33 de la même loi qui décide que le notaire qui n'a pas fait enregistrer l'acte par lui reçu est passible seulement d'une amende, en plus de paiement du droit d'enregistrement.

Observons enfin que pareille exigence ne se comprendrait plus de nos jours où les hypothèques prennent rang, non pas du jour de leur constitution, mais de celui de leur inscription.

L'art. 2127 d'ailleurs n'en parle pas.

II

Si les parties, ne se conformant pas à la règle de l'art. 2127, ont dressé pour la constitution de leur hypothèque un simple acte sous seing privé, — où, ce qui revient au même, si, ayant rédigé un acte authentique, cet acte n'est pas valable comme tel, — quelle est la sanction qui les menace ? Les auteurs de la jurisprudence sont d'accord pour décider qu'alors la constitution d'hypothèque est nulle et sans effets. Par contre, des divergences assez grandes se manifestent entre eux quand il

s'agit de déterminer quelle est la nature de cette nullité. Est-ce une nullité relative, ou bien une nullité absolue ? l'acte enfin n'est-il pas inexistant. Les trois opinions ont leurs défenseurs, et la question ne manque pas d'intérêt pratique, puisque de sa solution dépend, comme nous le verrons, la question de savoir quelles personnes peuvent s'en prévaloir.

Nous repoussons tout d'abord la théorie de la nullité relative. Ce genre de nullité protège seulement les exigences de la loi qui ne garantissent qu'un intérêt purement privé : quand par exemple le législateur édicte des mesures en faveur d'incapables, ces derniers seuls peuvent se prévaloir de leur inobservation. Mais il s'agit ici d'un contrat solennel, dont la forme authentique se justifie (1) tant par des raisons d'ordre public (clarté dans les cahiers des conservateurs, simplicité dans les ordres à venir, etc.) que par des motifs d'intérêt privé (protection du débiteur). Pour un tel acte, dont l'existence même dépend de la forme qu'il revêt (article 2117) et auquel il convient d'appliquer la formule *forma dat esse rei*, la nullité relative ne peut se concevoir. Jurisprudence et doctrine repoussent généralement d'ailleurs cette théorie défendue seulement par quelques auteurs (2).

Est-ce à dire que l'acte soit inexistant ? nous ne le pensons pas non plus. L'inexistence d'un acte nous semble être un état de fait provenant de l'omission dans cet acte d'un élément essentiel en l'absence duquel on ne peut pas le concevoir. Tels seraient par exemple un

1. En admettant qu'elle soit justifiable.

2. V. Gillard, n° 250. Labbé, note sur Cass. (S. 81. 1. 442).

mariage célébré sans le consentement des parties, un billet souscrit par une personne folle. Mais tel n'est pas le cas en notre matière, on peut très bien concevoir une convention d'hypothèque faite sous seing privé ou même verbalement ; la preuve en est qu'en droit romain l'hypothèque était un contrat consensuel.

La vérité est que l'acte constitutif d'hypothèque dénué de toute forme authentique, est un acte entâché de nullité absolue ; c'est-à-dire un acte existant en fait, mais auquel la loi dénie toute efficacité et toute valeur juridique, parce qu'exécuté en violation de ses prescriptions formelles (article 2127). Si donc l'acte irrégulier en la forme reste stérile dans ses résultats, ce n'est pas qu'il est inexistant en fait, mais c'est que la loi le réduit, sitôt sa confection, à l'état d'inexistence juridique. Est-il bien utile d'ailleurs d'insister sur cette vaine distinction des actes nuls de droit et des actes inexistantes ? les deux conceptions théoriques ne conduisent-elles pas au même résultat pratique, à savoir : l'inefficacité originaire de l'acte incriminé, l'inutilité absolue de sa confection. A vrai dire, cette distinction de l'inexistence et de la nullité absolue est ici, comme ailleurs, purement théorique, « puisque cette dernière consiste précisément à réduire un acte réellement accompli à l'état d'inefficacité juridique qui résulterait de son inaccomplissement » (1).

La question de savoir quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité pour vice de forme de la constitution d'hypothèque conventionnelle, est intimement liée à la conception que l'on se fait de cette nullité.

* 1. Planiol, *Traité élément. de droit civil*, I, n^o 349.

Les partisans de la théorie de la nullité relative sont tout naturellement conduits à réserver ce droit au débiteur, que la loi a seul voulu protéger ; les créanciers de ce dernier ne pouvant agir que par voie oblique en vertu de l'article 1166 du Code civil. Ceux qui concluent à l'inexistence de la convention y admettent nécessairement tout intéressé. Pour nous, enfin, qui nous sommes prononcés en faveur de la nullité absolue, la logique nous oblige à donner ce droit à toute personne justifiant d'un intérêt pécuniaire quelconque ; ce qui comprend le débiteur lui-même, le créancier hypothécaire (à supposer qu'il puisse y avoir quelque intérêt), les autres créanciers du débiteur, les tiers acquéreurs des immeubles hypothéqués, etc.

III

La constitution d'hypothèque nulle pour défaut de forme peut-elle être validée par une confirmation ultérieure ?

La question ne peut faire de doute pour ceux qui admettent la nullité relative : La confirmation de l'acte simplement annulable est en effet toujours possible, la seule personne à qui appartient l'action en nullité pouvant toujours renoncer à l'exercer. Non moins certaine est la solution pour les partisans de la théorie de l'acte inexistant on ne confirme pas ce qui n'a jamais existé. Quant à ceux qui enseignent la doctrine de la nullité absolue de la convention d'hypothèque irrégulière en la forme, ils se divisent sur le point de savoir si cette nullité peut disparaître par l'effet d'un acte confirmatif.

Voici d'ailleurs en quels termes la question s'est le plus souvent posée en pratique. L'hypothèque ayant été consentie par un mandataire *sous seing privé* du débiteur, ce dernier peut-il la confirmer ensuite par un acte authentique ? La jurisprudence s'est presque toujours prononcé en faveur de l'affirmative (1), et, certes, l'on ne peut que la louer pour l'esprit libéral et antiformaliste dont elle a fait ainsi foi. Nous sommes cependant forcés de reconnaître qu'il est peut-être difficile d'expliquer juridiquement sa solution, car il semble bien y avoir contradiction entre l'idée de confirmation, et la notion de nullité absolue telle que nous l'avons dégagée plus haut. Puisqu'en effet c'est la loi qui prononce la nullité de l'acte ; que cette nullité existe donc avant tout jugement et au profit de tous, *erga omnes*, comment concevoir qu'une personne puisse par sa seule volonté priver tous les autres intéressés du droit qu'ils ont de se prévaloir de cette nullité ? Ce qui fait que la confirmation est possible dans les actes simplement annulables, c'est qu'il n'y a précisément qu'une seule personne qui soit munie de l'action en nullité ; du seul fait, donc, qu'elle renonce à l'exercer, l'acte devient inattaquable comme s'il avait été régulièrement fait. Mais puisqu'ici, *tout le monde* peut par hypothèse se prévaloir de la nullité, l'on ne pourrait atteindre le même résultat que par l'accord unanime de *tous* les intéressés ; autant dire qu'il est impossible à réaliser.

1. V. notamment Pau, 16 mars 1892 (S. 93. 2. 12). Cass. 7 février 1854 (S. 54. 1. 322). V. dans le même sens Aubry et Rau, III. Gillard, *op. cit.*

Quelle que soit d'ailleurs l'opinion qu'on s'en fasse, on est toujours forcé de reconnaître que la confirmation, en admettant qu'elle soit possible, ne peut jamais porter atteinte aux droits des tiers (1) : si par exemple un autre créancier du même débiteur a, dans l'intervalle entre la confection de l'acte nul et sa ratification ultérieure, pris inscription sur les mêmes immeubles, l'inscription prise avant la sienne en vertu de l'acte nul, rétroactivement validé, ne pourra jamais lui être opposable. La raison en est qu'il n'a peut être consenti à traiter avec le débiteur commun que parce qu'il savait que la précédente convention d'hypothèque était nulle pour vice de forme. A cet argument d'équité s'ajoute, d'ailleurs, un argument de texte qui évite à ce sujet toute contestation possible ; l'art. 2138, paragraphe 3 dispose en effet : « La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les « formes et à l'époque déterminées par la loi, comporte « la renonciation aux moyens et exceptions que l'on « pouvait opposer contre cet acte, le tout, *sans préju-* « *dice néanmoins du droit des tiers* ».

La jurisprudence assimile à l'acte authentique constitutif d'hypothèque, l'acte de constitution sous-seing privé, lorsque celui-ci a été reconnu devant notaire par les parties, ou déposé au rang des minutes d'un notaire qui en a dressé procès-verbal.

L'assimilation ne peut certes être contestée lorsque l'acte de dépôt ou de reconnaissance rédigé par le notaire

1. Bien entendu l'acte confirmatif devra, en tous cas, être fait dans la forme régulière exigée par l'art. 2127, sous peine d'être lui aussi entaché du même vice et de la même nullité (art. 1338).

reproduit expressément les énonciations essentielles du sous-seing privé qui lui reste annexé. Dans ce cas, rien n'empêche en effet de considérer l'acte de dépôt comme un véritable acte constitutif d'hypothèque régulièrement revêtu de la forme authentique. Mais de bons auteurs (1) ont au contraire combattu la solution jurisprudentielle, lorsque le notaire dépositaire se contente de dresser un simple procès-verbal constant seulement le fait du dépôt ou de la reconnaissance. En effet, disent-ils, comment admettre, en l'absence de textes, qu'un tel acte ait pour effet de valider la constitution d'hypothèque nulle pour défaut de forme, en lui attribuant la même force que si elle avait été régulièrement consentie devant notaire ? Ni le texte positif, ni l'esprit probable de l'art. 2127 ne permettent de le soutenir. Puisque c'est dans un but de protection pour le débiteur que la loi exige la présence d'un notaire à l'acte, ce but n'est pas ici réalisé, car « rien n'oblige le notaire à étudier l'acte dont il accepte le dépôt, rien ne prouve qu'il l'a lu et médité, et sa présence ne produit donc pas l'effet que la loi en attendait » (2).

Malgré l'incontestable logique de ce raisonnement si l'on tient pour vrai le but que ces auteurs prétendent attribuer à la loi, la solution contraire nous paraît cependant plus conforme à l'intention probable du législateur, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires du Code civil, sinon du texte trop absolu définitivement adopté.

1. V. Colmet de Santerre, t. IX, 94 *bis*. Delvincourt, III, 159. Buguet, sur Pothier, n° 19.

2. Colmet de Santerre.

Déjà dans l'ancien droit, nous l'avons vu, une jurisprudence constante admettait que le dépôt pour minute ou la reconnaissance devant notaire de l'acte sous-seing privé constitutif d'hypothèque était suffisant pour le valider ; Pothier nous le dit expressément. « Les actes sous signature privée, lorsqu'ils sont déposés chez un notaire et reconnus par les parties qui les ont souscrits produisent hypothèque du jour de l'acte de reconnaissance qu'en dresse le notaire ». Or, les travaux préparatoires du Code civil nous montrent clairement que le législateur de 1804 n'a pas voulu réformer cette jurisprudence ancienne. Il suffit pour s'en convaincre de lire la discussion que suscita devant le Conseil d'Etat l'art. 2127 (1). M. Duchâtel ayant demandé que par un paragraphe additionnel l'on « attribuât à la reconnaissance de la signature, lorsqu'elle est faite devant notaire la même force que lorsqu'elle est faite en jugement », M. Berthier lui fit remarquer que cette disposition était inutile parce qu'elle se trouvait déjà implicitement comprise dans les termes mêmes de l'art. 2127. Ce qu'il manque en effet au sous-seing privé, et qui l'empêche de créer hypothèque, c'est l'authenticité ; or ce caractère il l'acquiert au moyen du dépôt pour minute ou de la reconnaissance devant notaire.

C'est d'ailleurs en ce sens que s'est définitivement fixée la jurisprudence (2) approuvée par la majorité de la doctrine (3).

1. V. Fenet, XV, p. 250. Loqué, XVI, p. 292.

2-3. V. notamment Paris, 5 déc. 1885 (D. P. 1887. 2. 55). Cass. 3 déc. 1889 (D. P. 90. 1. 105). Paris, 5 déc. 1887 (D. P.

Mais pour qu'un tel résultat puisse être atteint, de qui doit émaner le dépôt ? Faut-il le concours du créancier et du débiteur, ou la comparution du seul débiteur suffit-elle ? Ceux qui pensent que le consentement du créancier a besoin d'être constaté en la forme authentique exigent nécessairement sa participation à l'acte de dépôt ; pour nous, qui avons admis que l'hypothèque était valablement constituée quand le seul consentement du débiteur était exprimé dans un acte notarié, la logique nous conduit à décider aussi que sa volonté est encore suffisante, mais nécessaire, pour assurer au dépôt toute son efficacité.

1889. 2. 185). Cass. 18 juillet 1887 (*Pand. franç. pér.* 90. 7. 72). Pau, 16 mars 1892 (S. 93. 2. 125). Cass. 29 janvier 1893 (*Pand. franç. pér.* 96. 1. 30).

Grenier, t. I. Aubry et Rau, III. Troplong, II. Gillard, Baudry et de Loynes, II. Guillouard, II.

CHAPITRE V

LES EXCEPTIONS AU MONOPOLE DES NOTAIRES

Malgré le caractère absolu des termes de l'art. 2127 du C. G., le principe de l'authenticité nécessaire de l'acte constitutif d'hypothèque comporte quelques exceptions importantes. Presque toutes d'ailleurs ont trait aux quelques rares hypothèques mobilières admises, par dérogation à l'art. 2118, par des lois postérieures au Code Civil.

En outre, et quoique la question soit controversée, l'on admet généralement que les simples actes administratifs, baux et marchés sous seing privé conclus par l'Etat, peuvent valablement contenir de véritables hypothèques conventionnelles.

Passant donc en revue, dans l'ordre chronologique de leur apparition, les différentes exceptions que comporte le monopole des notaires en matière d'hypothèques conventionnelles, nous aurons à étudier successivement, et toujours au point de vue de leur forme :

1° Les hypothèques contenues dans les actes administratifs.

2° Les hypothèques maritimes.

3° Les nantissement de fonds de commerce.

4° Les warrants agricoles.

Enfin, l'étude de l'art. 2128 du C. C. qui fixe la forme que doivent revêtir les constitutions d'hypothèque passées à l'étranger fera l'objet d'un appendice à ce cinquième chapitre.

SECTION I

Les hypothèques contenues dans les actes administratifs.

La question est controversée de savoir si, comme l'enseigne une partie de la doctrine, et semble le décider la jurisprudence actuelle, les actes administratifs sous seing privé passés au nom de l'Etat par ses représentants légaux peuvent valablement contenir constitution d'hypothèque conventionnelle.

Le domaine de la discussion est du reste assez restreint, puisqu'il ne peut s'agir, aux termes mêmes de la loi, que d'hypothèques destinées à garantir l'exécution des baux et autres actes d'administration relatifs aux biens nationaux (1), ou des marchés passés par l'Etat avec des fournisseurs, entrepreneurs ou ouvriers.

Ceux qui croient rencontrer ici une première dérogation aux principes formalistes de l'article 2127, citent

1. Par « biens nationaux », il faut entendre (art. 1, t. I de la loi du 28 oct.-5 nov. 1790) : 1° tous les biens des domaines de la couronne, 2° tous les biens des apanages, 3° tous les biens du clergé, 4° tous les biens des séminaires diocésains.

en leur faveur deux textes de lois de la période révolutionnaire : La loi du 28 octobre, 5 novembre 1790, article 14, titre 2 s'exprime en effet en ces termes : « Le « ministère des notaires ne sera nullement nécessaire « pour la passation des baux (des biens nationaux), ni « pour tous les autres actes d'administration. Ces actes « seront sujets au contrôle, et ils comporteront hypothèque et exécution parée ».

D'autre part la loi du 4 mars 1793, destinée « à régler les formes à suivre pour contraindre les entrepreneurs et fournisseurs qui ont passé des marchés avec les agents de l'Etat à exécuter leurs engagements », dispose dans son article 4 : « Quoique les marchés soient passés par « des actes sous seing privé, la nation aura néanmoins « hypothèque sur les immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs cautions, à compter du jour où les « ministres auront accepté les marchés ».

Or, disent ces auteurs, ces textes sont encore en vigueur de nos jours, puisqu'aucune loi nouvelle ne les a expressément abrogés. Il est très vrai que la loi du 11 brumaire an VII, et à sa suite le Code civil, ont abrogé d'une manière générale « toutes les lois, coutumes et usages antérieurs sur les constitutions d'hypothèque », mais cette abrogation, à cause de sa généralité même, n'a pu anéantir les dispositions particulières ci-dessus rapportées. Il est en effet de principe qu'il faut une loi spéciale pour abroger des mesures spéciales : *lex generalis non derogat speciali*. La loi de brumaire, en instituant un système hypothécaire nouveau, a certainement fait disparaître toutes les lois et coutumes antérieures relatives au même objet, mais n'a touché en rien aux dis-

positions particulières qui se trouvaient comprises dans les lois ayant un autre objet.

Du reste, ajoutent-ils, il ne faut pas exagérer en ce sens, et, sous prétexte d'appliquer exactement le texte toujours en vigueur des lois de 1790 et 93, faire produire de plein droit aux baux et marchés conclus par l'Etat, hypothèque générale sur tous les biens du débiteur. Une pareille solution serait inconciliable avec les principes nouveaux posés par la loi de brumaire, et en particulier par l'art. 2129 du Code civil. En écrivant les articles que nous avons cités, le législateur a seulement voulu assimiler les actes administratifs aux actes notariés quant à la force hypothécaire ; car nous savons qu'à cette époque tout acte notarié emportait *de plano* hypothèque générale. Mais ces principes étant renversés depuis, l'on ne saurait aujourd'hui, même par stipulation expresse, faire produire un pareil résultat pas plus aux actes administratifs qu'aux actes notariés. L'on doit toutefois maintenir l'assimilation, en permettant aux premiers de contenir, comme les derniers, des constitutions d'hypothèque conventionnelle.

Tout en reconnaissant que ce système semble être celui qui est admis par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat (1), ainsi que par la majorité des auteurs (2), il est permis de douter de sa valeur juridique. Tout d'abord, il faut faire remarquer qu'on est obligé de dénaturer un peu les textes, si on veut y trou-

1. Cass. 3 juillet 1817. Cass. 12 janvier 1835. Cass. 9 juin 1847 (D. P. 53. 1. 306).

2. Grenier, I. Duranton, XVII. Aubry et Rau, III. Gillard, n° 210. Guillouard, II. Baudry et de Loynes, II

ver une dérogation à l'art. 2127 actuel. En effet, le législateur a seulement voulu attacher aux actes administratifs la même hypothèque générale qui résultait nécessairement de tout acte notarié ; il ne convient donc pas d'exagérer sa pensée en lui faisant dire qu'un acte administratif est suffisant pour contenir constitution d'hypothèque conventionnelle. Et parce qu'en même temps que les actes notariés, les actes administratifs ont naturellement perdu la force de produire hypothèque de plein droit, faut-il qu'en compensation on leur octroie la capacité de contenir stipulation d'hypothèque conventionnelle ?

D'ailleurs l'art. 2127 s'y oppose absolument en exigeant la rédaction, non pas d'un acte authentique quelconque, mais d'un « acte authentique passé devant notaires ». Qu'on ne nous oppose pas l'adage : *lex generalis non derogat speciali*, car nos adversaires eux-mêmes ont commencé par violer le prétendu principe qu'il renferme. Puisqu'ils admettent en effet que la prohibition générale par le Code civil de l'hypothèque des biens à venir, et que « l'article 56 de la loi de brumaire et maints articles spéciaux, notamment l'article 2129 du Code civil, épars dans nos lois » (1) suffisent pour entraîner l'abrogation implicite des lois de 1790 et 1793 en ce qu'elles font produire de plein droit hypothèque générale à tous les actes administratifs qu'elles visent ; comment se fait-il qu'ils se refusent à admettre que le même art. 56 de la loi de brumaire, et de nombreux textes épars, tels que l'art. 3 de la même loi et l'art. 2127 du Code civil soient aussi

1. Gillard, *op. cit.*, n° 210.

suffisants pour abroger les mêmes lois en ce qu'elles permettent aux actes administratifs sous seing privé de contenir constitution d'hypothèque valable ? Il n'y a pas de raison pour admettre l'abrogation dans un cas, et la repousser dans l'autre !

Enfin, reconnaissent MM. Baudry-Lacantinerie et De Loynes (1), « un décret du 12 avril 1807, qui s'occupe dans son art. 1^{er} des baux à ferme des biens des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction, fournit un puissant argument en faveur de cette solution. En effet, les dispositions de la loi de 1790 avaient été appliquées aux baux à ferme des biens de ces établissements, or le décret de 1807 ordonne que ces baux soient faits aux enchères par un notaire, et il ajoute que « le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y sera stipulé par la désignation, conformément au Code civil ». Ce texte ne s'expliquerait pas si les actes administratifs emportaient hypothèque de plein droit, et si l'hypothèque établie pour la garantie du bailleur n'était pas soumise à la règle de la spécialité et à la nécessité d'un acte notarié ».

En admettant même d'ailleurs la subsistance actuelle des lois de 1790 et de 1793, il convient en tous cas de leur donner une interprétation restrictive, puisqu'elles constituent des textes exceptionnels, dérogeant au droit commun de l'article 2127 du Code civil. On doit donc en limiter l'application aux seuls actes administratifs qu'elles visent expressément : baux et actes d'administration des biens nationaux, et marchés passés pour le

2. II, n° 1408, V. aussi Pont, II. Troplong, II. Laurent, XXX.

compte de l'Etat. On ne saurait par exemple en appliquer les dispositions aux actes passés entre une commune et un particulier, parce que le maire en contractant ne stipule pas comme agent de l'Etat, mais en qualité de représentant de la commune. Pour le même motif, un acte administratif, s'il peut contenir constitution d'hypothèque au profit de l'Etat, ne pourrait cependant servir à établir une hypothèque entre particuliers concourant à l'acte. La jurisprudence est d'ailleurs bien fixée en ce sens (1).

SECTION II

Les hypothèques maritimes.

Avant 1874, les navires se trouvaient placés en quelque sorte en dehors du droit, en ce sens qu'ils ne pouvaient guère servir d'instrument de crédit à leur propriétaire. Sans doute, celui qui possédait plusieurs navires jouissait en fait d'un crédit en proportion avec l'importance de son patrimoine, mais toujours une règle de droit ou un obstacle de fait l'empêchaient d'affecter spécialement un de ces éléments de sa fortune à la garantie d'une de ses dettes.

Voulait-il en effet hypothéquer un de ses navires ? l'article 2118 du Code civil s'y opposait implicitement, en n'autorisant que les hypothèques immobilières. Désirait-il le donner en gage à un de ses créanciers ? il devait

1. Conseil d'Etat, 29 mai 1811.

nécessairement s'en dessaisir au profit de son créancier gagiste (art. 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce), et se priver ainsi de l'industrie pour l'exercice de laquelle il avait précisément emprunté.

Réduit à cette alternative, le monde du commerce maritime avait, il est vrai, inventé un certain nombre de combinaisons pour favoriser quand même son crédit. Mais, sans compter que ces procédés nouveaux restaient d'une légalité contestable, malgré la constante approbation de la jurisprudence, ils n'étaient pas sans offrir de sérieux inconvénients. Pour ne citer qu'un exemple : l'habitude était, pour éviter le dessaisissement, de déguiser le contrat de gage sous les apparences d'un acte de vente : le débiteur vendait en douane son navire à son créancier, qui, par un acte secret reconnaissait n'avoir en réalité que les droits d'un créancier gagiste, et laissait au prétendu vendeur le libre usage de la chose. L'opération, d'une validité d'ailleurs fort douteuse (1), offrait en outre de très grands dangers pratiques : le créancier étant, à l'égard des tiers, propriétaire du navire, pouvait valablement l'aliéner aux détriments du véritable possesseur, dénué de tout recours contre l'acquéreur de bonne foi. Par contre, ce même créancier, en sa qualité de propriétaire apparent, était personnellement tenu d'assurer l'exécution du contrat d'affrètement, et de respecter les engagements pris par le capitaine du navire.

Un tel état de choses réclamait impérieusement une réforme législative ; ce fut l'œuvre de la loi du 10 décembre 1874. Cette loi a eu pour but de favoriser le crédit

1. V. Lyon-Caen et Renault, t. VI.

des commerçants de la marine marchande en leur permettant d'hypothéquer les navires dont ils ont la propriété.

La question se posait donc aux auteurs de la loi nouvelle de savoir s'ils exigeraient le concours d'un notaire à la confection de l'acte constitutif d'hypothèque, ou s'ils se contenteraient de la rédaction d'un simple acte sous signatures privées. Ils avaient à choisir entre les exigences formalistes de l'article 2127 du Code civil, qui constitue le droit commun en matière d'hypothèque, et le principe plus général de la liberté des conventions individuelles : « c'est dans le sens le plus favorable à la liberté des conventions que s'est prononcé sans hésitation le législateur (1) ». L'art. 2, § 1 de la loi du 10 décembre 1874 dispose en effet : « Le contrat par lequel l'hypothèque maritime est constatée, doit être rédigé par écrit ; *il peut être fait par acte sous seing privé* ».

Quant aux raisons qui ont inspiré le législateur, ce sont toutes celles que nous avons déjà rencontrées en faveur de la suppression de l'article 2127 du Code civil. Simplicité, célérité, économie, tous les arguments en faveur de l'absence de formes solennelles se retrouvent dans l'exposé des motifs fourni alors par M. Grivart, rapporteur de la Commission (2). « Aucun principe, déclare cet auteur, n'est ici engagé, car on ne saurait prétendre qu'il est de l'essence de l'hypothèque de ne pouvoir être constituée que par un acte authentique ; et

1. Grivart, Rapport du 21 mars 1874. *Journ. off.* des 14 et 27 avril 1874. Annexe, n° 2312.

il doit même sembler naturel que le navire pouvant être vendu par acte sous seing privé, puisse être hypothéqué dans la même forme. Les principes étant saufs, c'est de l'intérêt des parties que nous devons exclusivement nous préoccuper. Or, en matière commerciale où tout ce qui peut épargner une perte de temps est d'un grand prix, il n'est point indifférent que les contractants, pressés souvent par des délais inflexibles puissent, s'ils le jugent bon, réaliser leurs conventions sans recourir au ministère d'un notaire ou d'un autre officier public. La forme authentique est d'ailleurs coûteuse ; si les frais qui en résultent semblent déjà lourds en matière civile où les prêts sont faits en général pour une longue durée, ils paraîtraient exorbitants, s'appliquant à des opérations qui seront faites le plus souvent à court terme. Rien ne sera du reste plus simple que l'acte d'hypothèque maritime, et il est permis de croire que sa rédaction n'excédera pas la capacité du plus grand nombre des commerçants ».

La loi de 1874 fut d'ailleurs bientôt reconnue insuffisante, et remplacée par la loi du 10 juillet 1885 ; mais l'art. 2 § 1 de la nouvelle loi reproduit exactement les dispositions de l'ancienne relativement à la forme de l'acte constitutif de l'hypothèque maritime. Aux termes de l'article 8 de la nouvelle loi, cet acte, s'il revêt la forme authentique, peut d'ailleurs, conformément à l'article 2148 du Code civil, être dressé en brevet, auquel cas il reste déposé au bureau du receveur des douanes où l'inscription en est requise.

Il va de soi, enfin, que l'authenticité n'étant pas exigée pour l'acte de constitution d'hypothèque, le mandat

donné à l'effet de consentir cette hypothèque peut être aussi sous seing privé.

SECTION III

Les nantissements de fonds de commerce.

Antérieurement à 1898, les fonds de commerce se trouvaient exactement dans la même situation que les navires avant la loi de 1874 : Considérés d'une part comme des meubles, ils ne pouvaient être hypothéqués ; la nécessité du dessaisissement d'autre part, les empêchait en fait de faire l'objet d'une constitution en gage.

Ici encore, il est vrai, la Jurisprudence de la Cour de cassation avait réussi, en tournant la loi, à éviter ces inconvénients. Considérant en effet le fonds de commerce comme formant une universalité juridique dont les éléments principaux sont des éléments incorporels, (raison sociale, clientèle, achalandage, droit au bail), elle l'assimilait d'une manière générale à un meuble incorporel. Par suite, elle se contentait d'exiger pour la validité de sa constitution en gage l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2075 du Code civil : 1^o Signification de l'acte de nantissement par le créancier gagiste au débiteur de la chose engagée. 2^o Remise au créancier gagiste des titres établissant les droits de propriété du constituant sur l'objet du gage.

Cet ingénieux système avait le grand avantage d'éviter au débiteur le dessaisissement du fonds pour l'exploitation duquel il avait précisément emprunté. Par contre,

il offrait de tels dangers pour les tiers, qui n'étaient prévenus de la constitution du gage par aucune formalité de publicité ni aucun signe extérieur, qu'un grand nombre de tribunaux de commerce, et notamment celui de la Seine, s'étaient toujours refusé à en admettre la validité.

Le législateur dut donc ici encore intervenir, en votant la loi du 1^{er} mars 1898. Cette loi, en ajoutant un alinéa à l'article 2075 du Code civil, fait en effet disparaître le danger pour les tiers en exigeant l'inscription de tout acte de nantissement de fonds de commerce sur un registre public tenu à cet effet au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

La mesure était excellente, seulement le législateur commettait une erreur juridique absolue, en continuant d'appeler cette opération un nantissement, car c'était en réalité à une véritable hypothèque mobilière qu'il venait de donner naissance. Ce qui distingue en effet le gage de l'hypothèque, c'est précisément le dessaisissement nécessaire qu'il entraîne. La remise par le débiteur au créancier (ou à un sequestre choisi par les parties) de l'objet du gage, constitue un des éléments essentiels du contrat, en l'absence duquel l'opération ne peut se concevoir. Du moment où le débiteur reste en possession de la chose, l'opération cesse d'être un gage pour devenir une hypothèque.

Puisque l'on se trouvait donc en présence d'une hypothèque, la question se posait de savoir en quelle forme elle devrait être constituée ? La loi étant muette à cet égard, fallait-il respecter ici encore les exigences de l'article 2127 du Code civil ? Evidemment non. Les auteurs

du Code, en écrivant cet article, n'avaient pu penser qu'aux seules hypothèques immobilières qu'ils connaissaient alors ; et par suite il ne convenait pas d'étendre aux hypothèques mobilières nouvellement créées un texte exceptionnel qui n'avait pas été fait pour elles. L'on décidait donc généralement, en se conformant au droit commun, qu'un simple sous seing privé était suffisant pour assurer l'existence de la convention ; et même qu'un écrit n'était pas nécessaire au cas où le nantissement garantissait une dette commerciale, l'article 109 du Code de commerce s'appliquant alors à la place de l'article 2075 du Code civil.

Pour des raisons qu'il ne nous appartient pas d'examiner ici, la loi de 1898 a été abrogée, et remplacée par la loi du 17 mars 1909. De nouveau le législateur y tombe dans l'erreur commise par ses prédécesseurs, en désignant du nom de nantissement une opération qui est en réalité une hypothèque mobilière.

Cependant un texte exprès tranche cette fois la question de la forme que doit revêtir l'acte constitutif du « nantissement ». L'article 10, § 1 dispose en effet : « Le « contrat de nantissement est constaté par un acte authentique, ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré ».

Puisque la loi ne distingue pas entre le gage commercial et le gage civil, désormais un écrit est donc *en tous cas* nécessaire ; M. Cordelet, rapporteur du projet, a essayé de justifier cette nécessité en disant « qu'il importait pour le privilège en résultant de prévenir toute contestation sur son étendue ».

L'écrit peut d'ailleurs être authentique ou sous seing

privé. Si les parties optent pour cette dernière forme, elles devront rédiger au moins deux exemplaires (art. 24), par dérogation à l'article 1325 du Code civil qui n'exige cette formalité que pour les contrats synallagmatiques. Si c'est la forme authentique qui est choisie, l'acte devra être rédigé *en minute*, contrairement à l'article 2148 du Code civil. Cette particularité ne résulte pas du texte même de la loi, mais des travaux préparatoires de la commission. Le texte primitivement adopté par la commission du Sénat comportait en effet la possibilité de la rédaction en brevet, mais cette faculté fut supprimée sur la demande de M. Cordelet, qui s'exprime ainsi à cet égard dans^{*} son rapport supplémentaire : « Le texte adopté en première délibération admettait l'acte authentique en brevet. Cette disposition introduite dans une pensée d'économie, et empruntée à l'article 2148 du Code civil et à la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, ne doit pas être maintenue en présence de l'obligation imposée au créancier gagiste de déposer au greffe le titre en vertu duquel l'inscription est requise ; s'il se dessaisissait de son titre, il lui faudrait pour agir s'en faire délivrer une expédition par le greffier. Où serait l'économie ? »

SECTION IV

Les warrants agricoles

Avant la loi du 18 juillet 1898, le crédit agricole ne se composait guère que de deux éléments : le crédit per-

sonnel, et le crédit réel immobilier ou foncier. L'agriculteur qui empruntait ne pouvait en effet offrir à son créancier comme garantie du remboursement de sa dette, que son honorabilité personnelle, ou, à défaut, qu'une hypothèque sur son fonds. Quant aux récoltes pendantes ou en magasin, elles ne pouvaient pas, pour des raisons de fait, être utilisées par leur propriétaire comme instrument de crédit : Ici encore l'obligation, pour les constituer en gage, de les remettre en la possession réelle et effective du créancier, paralysait toute initiative. Les agriculteurs pouvaient certes faire usage, comme les commerçants, des magasins généraux, et war-ranter leurs récoltes, mais ils en étaient empêchés par les frais énormes que nécessitaient le transport souvent à de longues distances, de marchandises lourdes et encombrantes, ainsi que le paiement de droits divers assez élevés.

La loi du 18 juillet 1898, remplacée depuis par celle du 30 avril 1906, a voulu mettre à la disposition des agriculteurs un nouvel instrument de crédit : le crédit réel mobilier, en instituant des « warrants agricoles ». Désormais, tout agriculteur « peut emprunter sur les produits agricoles ou industriels de son exploitation, et *en conservant la garde de ceux-ci* dans les bâtiments ou sur les terres de cette exploitation » (t. 2 al. 1 de la loi). Par conséquent la loi nouvelle autorise l'emprunteur à engager ses récoltes tout en les conservant en sa possession ; autrement dit elle institue des « warrants sans déplacement des produits warrantés ». Une telle mesure est contraire aux principes élémentaires en matière de gage, posés par l'article 2076 du Code civil. Aussi peut-

on se demander, la loi ne déterminant pas la nature juridique du droit nouveau qu'elle crée, si une telle opération n'est pas une véritable constitution d'hypothèque mobilière ? Car nous avons vu que ce qui caractérise le contrat de gage, et le différencie de l'hypothèque, c'est précisément le dessaisissement nécessaire du débiteur, au profit du créancier, de tous les meubles affectés à la garantie de la créance.

Des auteurs l'ont soutenu (1) au moyen du même raisonnement que nous avons tenu quand il s'est agi du nantissement des fonds de commerce. Ces auteurs voient donc dans les warrants agricoles une nouvelle exception au monopole des notaires en matière d'hypothèque (art. 2127) ; car les warrants remis au créancier par le débiteur, loin d'être des actes notariés, sont tout simplement des feuilles détachées d'un registre à souches tenu par le greffier de la justice de paix.

Nous nous refusons cependant à admettre une telle doctrine. Il nous semble résulter des dispositions mêmes de la loi, et surtout des travaux préparatoires de la commission, que toute différente ait été la conception du législateur.

S'il est vrai que les marchandises agricoles restent en fait entre les mains de l'emprunteur, celui-ci n'en a pourtant pas la possession juridique. Il en est simple *détenteur*, et possède *alieno nomine*, pour le compte du créancier, véritable possesseur en droit. L'emprunteur, en l'espèce, peut être en quelque sorte assimilé à un dépositaire. Cette situation n'est d'ailleurs pas neuve

2. V. Planiol, I, n° 109.

dans notre législation : n'est-ce pas aussi le cas du saisi constitué gardien des objets qui forment le gage du poursuivant ? (art. 598 C. de P.) ; et de l'acquéreur d'effets mobiliers non payés ? (art. 2102 C. c.).

Voici du reste en quels termes s'explique nettement à ce sujet M. Chastenet, rapporteur du projet de loi à la Chambre des députés (1) : « Il est facile en outre d'analyser l'opération juridique. Les produits engagés ayant leur représentation légale dans le warrant, la remise au créancier de ce titre représentatif peut constituer la tradition qu'exigent les principes en matière de constitution de gage. En même temps, il s'est opéré une sorte de *traditio brevi manu* ou quasi-tradition des produits warrantés eux-mêmes, de telle sorte que le propriétaire de ces produits se trouvera détenir sa propre chose pour le compte du créancier gagiste, et à titre de dépositaire, avec toutes les conséquences de droit qui en découlent ».

Par application de cette conception doctrinale, l'article 14 de la loi du 30 avril 1906, punit des peines de l'abus de confiance, « tout emprunteur ou dépositaire convaincu d'avoir détourné, dissipé, ou volontairement détérioré, au préjudice de son créancier, le gage de celui-ci ».

C'est donc, en réalité, à un véritable droit de gage (à vrai dire d'une nature un peu spéciale) que nous avons affaire ; et nous ne saurions en conséquence, voir dans la loi du 30 avril 1906 une dérogation nouvelle à l'article 2127 du Code civil.

1. Chastenet, *J. off.* de P. 1897. S. E. p. 247.

APPENDICE

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES CONSTITUÉES A L'ÉTRANGER, OU PAR DES ÉTRANGERS EN FRANCE

I

Des hypothèques constituées en pays étranger sur des biens situés en France.

Le monopole des notaires en matière d'hypothèques conventionnelles se restreint-il au territoire français, ou, dépassant nos frontières, s'exerce-t-il même en pays étranger pour ne permettre d'y consentir hypothèque sur immeubles de France que par acte authentique passé devant un notaire français ? C'est l'article 2128 du Code civil qui tranche cette question en ces termes : « Les « contrats passés en pays étranger ne peuvent donner « d'hypothèque sur les biens de France ».

S'il est vrai qu'on peut discuter au sujet de l'utilité possible des exigences formalistes de l'article 2127, tous les auteurs s'accordent par contre à reconnaître l'inanité

de la règle de l'article 2128. D'ailleurs, lors de l'enquête sur la réforme hypothécaire en 1841, la grande majorité des cours d'appel et facultés s'est prononcée en faveur de sa suppression (1). On ne voit pas en effet pourquoi une personne domiciliée à l'étranger peut vendre et même donner ses biens situés en France, et ne peut pas les grever d'hypothèques (2). Dans quel intérêt supérieur priver ainsi nos nationaux expatriés du plus important, souvent même du seul élément de crédit dont ils peuvent disposer. N'y a-t-il pas enfin une raison *a fortiori* « pour appliquer aux conventions d'hypothèque ce que la loi dit des jugements (article 2123), puisque les conventions émanent de la volonté des particuliers, et qu'à la différence des jugements qui sont une émanation de la souveraineté, leur exécution en France ne peut en rien compromettre le principe de l'indépendance des nations (3) ».

Aucun motif rationnel ne pouvant donc justifier cette disposition du Code, l'on s'accorde généralement à en rechercher la raison d'être dans son origine historique. On la fait d'ordinaire remonter à une ordonnance de 1629 qui portait en effet dans son article 121. « Les contrats ou obligations reçus ès royaume et souverainetez étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit Royaume,

1. V. cependant en sens contraire : Cour de Douai, Doc. III, 492. 97.

2. Car il est bien entendu que les mêmes formalités exigées par l'art. 2128 pour la convention d'hypothèque, le sont aussi pour la procuration donnée afin de la consentir.

3. Baudry Lacantinerie et de Loynes, II, p. 1421.

ains (mais) tiendront les contrats lieu de simple promesses ».

Une pareille exigence pouvait sans doute se justifier dans notre ancien droit où tout acte notarié emportait de plein droit hypothèque sur tous les biens du débiteur, et où l'hypothèque était en quelque sorte un effet de la puissance publique inhérent à la forme du contrat : il ne pouvait appartenir à des officiers publics étrangers de disposer ainsi, sans mesure ni contrôle, de la force exécutoire sur le territoire français. Mais une semblable rigueur est de nos jours complètement injustifiable, puisque l'hypothèque tire maintenant sa force, non pas de son caractère authentique, mais de la convention et de la volonté même des parties. Ne serait-il pas dès lors suffisant d'exiger qu'il soit fait preuve de l'existence certaine de la créance garantie, et de la volonté constante du débiteur de grever sa propriété ? Si le législateur de 1804 en a décidé autrement, c'est, comme l'a dit M. Weiss, par suite d'un véritable anachronisme et d'une impardonnable confusion. Il s'est dit sans doute que toute hypothèque aboutit à l'exécution forcée et à l'expropriation du débiteur, et que l'exécution forcée des contrats est un attribut réservé à la puissance publique du pays où cette exécution doit avoir lieu (art. 546 C. proc. civ.). « Mais remarquez, comme l'écrit M. Troplong, que notre article va plus loin ; il ne se borne pas à dénier la voie exécutive aux hypothèques concédées en pays étranger ; il refuse de reconnaître comme valable la stipulation d'hypothèque elle-même ».

Il est à noter que cette anomalie a disparu de la législation belge depuis la loi du 16 décembre 1851, qui,

dans son article 77 reconnaît plein effet sur les biens situés en Belgique aux hypothèques consenties sur eux en pays étranger, à la seule condition que l'acte qui en contient stipulation soit préalablement revêtu du visa du Président du tribunal civil de la situation des biens. Et la loi ajoute : « ce magistrat est chargé de vérifier si les actes, et les procurations qui en sont le complément, réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus ».

C'est un tel système que nous souhaiterions voir réaliser en France, au lieu de celui trop absolu de l'article 2128 actuel. Ce même article apporte il est vrai une limitation au principe que nous venons de critiquer, en décidant aussitôt qu'il n'est applicable que « s'il n'y a « des dispositions contraires dans les lois politiques et « dans les traités ».

Aucune loi politique ne contient de disposition relative à ce sujet. Par contre, des traités intervenus entre la France et différents pays étrangers, ont eu pour objet d'écarter l'application de l'article 2128 en permettant l'exercice réciproque des hypothèques constituées dans l'un ou l'autre des deux pays signataires.

L'on peut citer en ce sens le traité franco-sarde du 24 mars 1760, toujours en vigueur selon l'opinion commune, et dont l'application s'étend de nos jours à toute l'Italie. Il dispose en effet dans son article 22. « Il est convenu que de la même manière que les hypothèques établies en France par actes publics ou judiciaires sont admises par les tribunaux de S. M. le roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les tribunaux de France pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir par con-

trats publics, soit par ordonnance ou jugements dans les Etats de S. M. le roi de Sardaigne ». Ce traité reçoit une application assez étendue, puisque, ne se préoccupant pas pour déterminer les effets du contrat hypothécaire de la nationalité des contractants, il autorise par là même, tout individu à se prévaloir de ses dispositions sous la seule condition d'avoir passé l'acte d'hypothèque sur le territoire d'un des deux pays signataires du traité.

Un autre traité intervenu entre la France et la Suisse le 28 mai 1777, et qui n'a jamais été modifié depuis (1), se trouve conçu à peu près dans les mêmes termes. Ses dispositions ne sont cependant applicables qu'aux constitutions d'hypothèque consenties en France ou en Suisse, par des nationaux de l'un de ces deux pays.

Ceci posé, il nous reste encore à déterminer quelle est la forme que doit revêtir le contrat d'hypothèque dans les cas exceptionnels où il peut être passé à l'étranger ; car les traités que nous venons de mentionner sont absolument muets sur cette question importante (2).

On en rattache généralement la solution à celle que l'on donne à la question plus générale de savoir si la règle *locus regit actum* s'applique ou non aux actes solennels, les partisans de l'affirmative se contentant d'un acte sous seing privé si la législation du pays où la convention est rédigée s'en contente ; les autres exigeant en tous cas la rédaction d'un acte authentique.

1. V. Cass. 10 mai 1831 (S. 31. 1. 195).

2. La question a de nos jours un grand intérêt pratique, puisque depuis son code civil de 1865, l'Italie admet la validité des hypothèques conventionnelles constatées par acte sous seing privé.

Il nous semble cependant qu'étant donnée la nature des raisons qu'on fait valoir pour essayer d'expliquer les exigences de l'article 2127, la solution de la présente question ne peut faire de doute, quelle que soit d'ailleurs la doctrine que l'on professe au sujet de la portée plus ou moins grande de la règle *locus regit actum*. Protection du débiteur, clarté dans les inscriptions, suppression des dénégations d'écriture au cours de l'ordre, etc... tous ces motifs, si tant est qu'il suffisent à justifier la nécessité de l'authenticité pour toute stipulation d'hypothèque, ne subsistent-ils pas intacts quand la convention est rédigée à l'étranger au lieu de l'être en France ? et même ne peut-on pas dire que certains d'entre eux bénéficient du caractère d'ordre public ?

Peu importe d'ailleurs, puisqu'en admettant même, comme nous le faisons, qu'un acte authentique soit nécessaire pour toute convention d'hypothèque passée dans les pays qui ont un traité avec la France, l'on est forcé de reconnaître que le monopole des notaires subit incontestablement une exception dans cette hypothèse. Il est en effet bien certain que le concours de cet officier ministériel n'est pas indispensable pour procurer l'authenticité à un acte, et qu'en tous cas c'est à la loi du pays où l'acte a été rédigé qu'il faut se rapporter pour savoir s'il réunit toutes les conditions nécessaires à son authenticité.

Nous ne saurions, par contre, voir une véritable exception dans le fait, non moins certain, que les chanceliers des consulats français ont le pouvoir de dresser acte des conventions d'hypothèque qui interviennent entre nos nationaux à l'étranger, et que ces contrats pro-

duisent plein et entier effet sur les biens situés en France (1). Un tel pouvoir ne peut en effet constituer une dérogation à l'article 2127, parce qu'en agissant ainsi c'est *en qualité de notaires* qu'interviennent nos agents consulaires. Certaines conventions diplomatiques leur reconnaissent même expressément cette qualité ; ils sont des fonctionnaires qui remplissent auprès de nos nationaux expatriés l'office des notaires en France, et les actes qu'ils dressent ont la même force que s'ils avaient été reçus en France par un officier ministériel. C'est, comme disent MM. Baudry L. et de Loynes, « une conséquence de la fiction d'extréitorialité dont les consuls sont appelés à bénéficier dans une certaine mesure déterminée par les traités, les coutumes et les lois des divers pays » (2).

Notons enfin qu'un certain nombre de conventions diplomatiques reconnaissent à nos agents consulaires le pouvoir de recevoir les actes passés à l'étranger, non seulement entre français et étrangers, mais encore entre étrangers seulement. Telles sont les conventions franco-espagnolle (1862), franco-russe (1874), franco-grecque (1876). Mentionnons aussi dans le même sens les conventions passées plus récemment avec la République du San-Salvador (1878), le Vénézuéla (1886), la Bolivie : les actes dressés par nos représentants conformément à ces traités sont aussi assimilés à des actes notariés, et peuvent par conséquent contenir constitution d'hypothèque valable.

1. Ce pouvoir résulte d'anciennes ordonnances toujours en vigueur, et notamment de l'ordonnance des 23-26 octobre 1833

2. Baudry Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1419.

II

Des hypothèques constituées en France par des Etrangers.

Les Etrangers habitant la France, et qui veulent y constituer hypothèque sur des biens situés en France, doivent-ils se soumettre nécessairement aux règles de forme que pose l'article 2127 du Code civil ?

L'on rattache généralement cette question à celle de savoir si la règle *locus regit actum* est ou non facultative. La validité du contrat d'hypothèques entre étrangers serait assurée, pour les uns, du seul fait que les formes requises par leur loi nationale auraient été observées, les parties conservant d'ailleurs la faculté de s'en tenir aux dispositions de la loi française ; pour les autres, la règle *locus regit actum* étant impérative, toute convention d'hypothèque passée sur le territoire français devrait, à peine de nullité, revêtir la forme solennelle exigée par l'article 2127.

Ne faisant quant à nous aucun cas en cette matière du caractère obligatoire ou facultatif de la règle *locus regit actum*, nous nous attacherons encore une fois, pour savoir si l'article 2127 doit recevoir ici son application, à la nature des raisons qui peuvent le justifier. Or, nous l'avons vu, ces raisons sont telles qu'elles nécessitent l'authenticité pour tout contrat d'hypothèque conventionnelle, du seul fait qu'il est destiné à produire ses effets en France, quelle que soit d'ailleurs la nationalité des parties qui ont concouru à sa confection.

Nous nous refusons donc à voir en cette hypothèse une exception nouvelle au monopole des notaires en matière d'hypothèques. Les étrangers ne sauraient d'ailleurs échapper à la règle absolue de l'article 2127 en faisant dresser leur convention d'hypothèque par leurs agents consulaires, car ils tomberaient alors sous le coup de l'art. 2128 du Code civil, les contrats passés dans un consulat étranger étant de tous points assimilés à ceux passés en *pays* étranger.

TITRE II

L'acte de mainlevée

Les registres du conservateur des hypothèques ont pour mission de renseigner exactement les tiers sur la situation hypothécaire des emprunteurs ; dès lors, les inscriptions qui n'ont plus de raison d'être doivent en être aussitôt rayées (1). Aux termes de l'article 2157 du Code civil il existe deux espèces de radiations : la radiation volontaire, et la radiation forcée. La première est celle qui s'opère en vertu « du consentement des parties intéressées », la deuxième a lieu « en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée » (2).

La mainlevée est l'acte par lequel le créancier consent volontairement à ce que le conservateur des hypothèques opère la radiation de l'inscription prise à son profit. Une

1. Les inscriptions rayées ne sont d'ailleurs pas matériellement effacées du registre où elles figurent : une simple mention en marge indique seulement qu'elles doivent désormais être considérées comme non-avenues.

2. Art. 2157 du C. civ.

mainlevée peut être totale ou partielle (1) ; mais quelle que soit son étendue elle obéit toujours aux mêmes règles de fonds et de forme. Nous n'aurons à nous préoccuper ici que des règles de forme que pose l'article 2158 du Code civil.

1. La radiation partielle d'une inscription porte le nom de réduction ; la réduction peut porter soit sur les immeubles que frappe l'inscription, soit sur la somme pour laquelle elle a été prise.

CHAPITRE PREMIER

DE LA NÉCESSITÉ D'UN ACTE NOTARIÉ POUR CONSENTIR MAINLEVÉE D'UNE HYPOTHÈQUE

De même qu'une hypothèque ne peut être constituée que par acte authentique, de même l'inscription par laquelle elle se manifeste ne peut disparaître qu'en vertu d'un acte revêtu du même caractère. C'est ce qui résulte de l'article 2158 du Code civil qui dispose. « Dans l'un « et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent « au bureau du conservateur l'expédition de l'acte *authen-* « *tique* portant consentement, ou celle du jugement ». Mais c'est uniquement l'acte de mainlevée, c'est-à-dire l'ordre adressé par le créancier au conservateur des hypothèques d'anéantir l'inscription prise à son profit, qui doit nécessairement revêtir ce caractère. La quittance de l'obligation ou la renonciation à l'hypothèque peuvent valablement être constatées par acte sous seing privé (1).

1, Douai, 28 déc. 1863 (S. 64. 2. 116).

I

L'article 2158 exige que le consentement à la radiation résulte d'un acte « authentique ». Il ne dit pas si cet acte doit être passé devant notaire ; or nous savons que tous les actes authentiques ne sont pas nécessairement des actes notariés. Est-ce à dire que le conservateur des hypothèques doit radier une inscription sur la présentation d'un acte authentique quelconque, même si cet acte ne sort pas d'une étude de notaire ? La cour de Caen (1), examinant le point de savoir si une radiation peut être valablement opérée en vertu d'un désistement d'hypothèque signifié par acte d'avoué à avoué, a décidé qu'un tel acte n'était nullement suffisant à cet effet, « attendu que le désistement d'avoué à avoué n'est pas un acte authentique *dans le sens de l'article 2158* ». Nous croyons en effet qu'en exigeant la rédaction d'un « acte authentique » pour toute mainlevée d'hypothèque, c'est en réalité à la forme notariée que pensait le législateur. Sa confusion s'explique du fait que l'authenticité d'un acte s'acquiert normalement par le concours d'un notaire à sa rédaction ; les notaires n'ont-ils pas en effet été établis, aux termes de l'article 1 de la loi de ventôse « pour recevoir tous les actes auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité ? »

Enfin, lorsqu'il s'agit du consentement à l'établissement de l'hypothèque, la loi exige « un acte passé en forme authentique devant notaire » (art. 2127) ; elle n'a pas dû exiger moins pour le consentement à la radiation.

1. Caen, 25 mars 1871 (S. 1872. 2. 165).

Ce qui prouve d'ailleurs que telle a bien été son intention, c'est qu'elle prescrit le dépôt d'une expédition de l'acte, ce qui ne saurait en particulier s'appliquer aux actes d'avoué.

II

Quelles sont les raisons qui ont fait exiger la rédaction d'un acte authentique pour toute mainlevée d'hypothèque ? Pourquoi le législateur considère-t-il un acte sous seing privé comme insuffisant pour contenir consentement du créancier à la radiation de l'inscription prise à son profit ?

La radiation d'une inscription hypothécaire est une opération grave entre toutes, puisqu'elle compromet irrémédiablement la situation du créancier qu'elle prive de son unique sûreté ; il faut donc qu'elle soit opérée en parfaite connaissance de cause, et entourée de sérieuses garanties. Obliger le conservateur à radier sur la simple présentation d'un acte sous seing privé, c'eût été donner libre cours à des fraudes faciles. Un débiteur malhonnête veut se débarrasser d'une hypothèque gênante, il rédige une mainlevée sous signature privée, la signe du nom de son créancier, et n'a plus qu'à la présenter au conservateur pour en obtenir la radiation. Fallait-il dès lors déclarer le conservateur des hypothèques personnellement responsable de la sincérité des signatures apposées sur l'acte de mainlevée ? Un tel surcroît de responsabilité eut eu pour effet de rendre intenable une situation qui comporte déjà des risques très grands. Il s'agissait donc de trouver un moyen, qui, tout en assurant l'au-

thenticité des signatures, pût mettre à couvert la responsabilité du conservateur. Le législateur a justement pensé que la présence d'un notaire à la confection de l'acte de mainlevée était à même de procurer ce double avantage. D'une part le concours de cet officier ministériel constitue une garantie suffisante de la bonne foi qui a présidé à la conclusion de l'acte ; il est d'autre part facile au notaire de se renseigner sur l'identité des parties contractantes, car il connaît généralement ses clients, et dispose en outre de la faculté de se faire attester leur identité par des témoins certificateurs.

Le conservateur des hypothèques doit donc, dans son intérêt même, refuser d'opérer toute radiation d'inscription qui ne serait pas consentie par le créancier dans un acte notarié. En vertu des mêmes principes, il devrait opposer le même refus au cas où le créancier se présenterait en personne devant lui pour y donner son consentement, car la personne du créancier peut aussi lui être inconnue.

Etant données les raisons qui militent en faveur de l'authenticité de l'acte de mainlevée, aucune exception ne peut logiquement être apportée au principe de l'article 2158 du Code civil. Quelles que soient en effet la nature de l'hypothèque à radier (immobilière ou mobilière, civile ou commerciale), et la personne qui en opère la radiation (conservateur des hypothèques, greffier du tribunal, receveur des Douanes), il est toujours aussi utile de sauvegarder les intérêts du créancier et la responsabilité du fonctionnaire chargé de la tenue du registre des inscriptions. Aussi remarquons-nous que les lois récentes qui ont introduit dans notre législation des

hypothèques mobilières, tout en se contentant pour leur constitution d'un acte sous seing privé, exigent néanmoins pour leur radiation la rédaction d'un acte de mainlevée authentique (art. 15 de la loi du 10 juillet, 1885 art. 29 de la loi du 17 mars 1909).

III

Quels sont les éléments de la mainlevée qui doivent être nécessairement contenus dans un acte authentique ?

Il est tout d'abord certain que l'inscription dont la radiation est consentie doit être expressément indiquée dans l'acte notarié ; le notaire la désigne par sa date, le volume où elle figure, le numéro qu'elle occupe sur ce volume, et les immeubles qu'elle grève. Rien n'empêche d'ailleurs le créancier de donner mainlevée générale de toutes les inscriptions qui ont été prises à son profit sur tel débiteur.

L'acte authentique doit également exprimer le consentement du *créancier* à la radiation de l'inscription. L'expression de sa volonté est à vrai dire ce qui constitue à proprement parler la mainlevée ; c'est l'élément en l'absence duquel l'acte ne se comprendrait plus. Le consentement du *débiteur* doit-il aussi figurer dans l'acte de mainlevée ? Le débiteur a-t-il besoin d'accepter expressément la radiation que lui consent le créancier ? L'on serait tenté de le croire, en lisant l'article 2157 du Code civil qui s'exprime en ces termes : « les inscriptions sont rayées du *consentement des parties* intéressées »... Faut-il donc en conclure que le créancier et le débiteur doivent concourir à l'acte de mainlevée, le débiteur

étant intéressé à obtenir la radiation, et le créancier ayant intérêt à ne pas l'accorder ? Non certes, car la radiation est un acte unilatéral, qui n'exige pas pour sa validité qu'une convention intervienne entre le débiteur et le créancier. L'inscription est une formalité qui n'est utile qu'au créancier, lui seul l'a requise, lui seul doit en donner mainlevée. Si la loi parle du « consentement des parties intéressées », c'est qu'elle a eu en vue le cas où le créancier a cédé sa créance hypothécaire à plusieurs cessionnaires (1), ou est mort en laissant plusieurs héritiers ou représentants.

Sans doute, il a pu intervenir, préalablement à la mainlevée, une convention entre le créancier et le débiteur, soit parce que le créancier a fait au débiteur remise de sa dette, soit parce que celui-ci a obtenu à prix d'argent la mainlevée totale ou partielle des inscriptions grevant ses biens. Mais ce contrat préliminaire n'intéresse pas les tiers ; la seule chose qu'il leur importe de savoir c'est que le créancier consent à la radiation des inscriptions. D'ailleurs l'article 2158 se contente d'exiger, pour que la radiation soit valablement opérée, le dépôt au bureau du conservateur de « l'expédition de l'acte authentique portant consentement ». Une simple déclaration de volonté unilatérale émanée du créancier ou de ses héritiers ou représentants, est donc pleinement suffisante.

La désignation exacte de l'inscription, et le consente-

1. Le cessionnaire de la créance doit présenter au cons. des hypoth., outre l'acte de mainlevée authentique, une expédition ou un extrait de l'acte authentique de cession, pour justifier de sa qualité prétendue.

ment du créancier, sont donc les seuls éléments que doit nécessairement contenir l'acte de mainlevée présenté au conservateur pour parvenir à la radiation d'une inscription d'hypothèque conventionnelle ordinaire. Ces énonciations cessent au contraire d'être suffisantes quand c'est une inscription prise d'office au profit d'un vendeur en vertu de l'article 2108 du Code civil qu'il s'agit de faire disparaître. L'inscription n'étant alors qu'une simple mesure de publicité imposée au conservateur dans l'intérêt des tiers, la radiation qui en serait opérée ne pourrait en rien compromettre l'existence du privilège qui se conserve par la seule transcription de l'acte de vente. Le conservateur seul verrait sa responsabilité compromise pour avoir négligé de porter à la connaissance des tiers, dans les formes déterminées par la loi, l'existence de cette hypothèque privilégiée. En conséquence, le conservateur doit refuser de radier une inscription d'office tant qu'on ne lui apporte pas la preuve de l'extinction du privilège, soit par le paiement du prix, soit par la renonciation du créancier. L'acte de mainlevée authentique que lui présente l'acquéreur, devra donc, pour recevoir son exécution, contenir quittance totale du prix de vente, ou renonciation expresse du créancier à son privilège de vendeur (1).

L'acte notarié qui doit contenir ces différents éléments peut-il être reçu en brevet ? L'article 2158 ne semble pas le supposer, puisqu'il exige le dépôt au bureau des

1. Dijon, 17 juillet 1839 (S. 40. 2. 71). Aubry et Rau, III, § 281. Guillouard, III. Baudry Lacantinerie et de Loynes, III, § 1853.

hypothèques d'une « expédition » de l'acte de mainlevée authentique, ce qui suppose nécessairement l'existence d'une minute. Il y a cependant une sérieuse raison d'analogie pour tolérer ici la rédaction en brevet. Puisqu'en effet l'article 2148 se contente d'un tel acte pour la constitution même de l'hypothèque, comment se montrer plus exigeant en ce qui concerne sa radiation ? s'il est vrai que la radiation d'une inscription hypothécaire peut causer au créancier un préjudice irréparable, les mêmes garanties que lui procure l'acte en minute lui sont aussi offertes par l'acte en brevet : ce dernier, en attestant avec non moins de sûreté l'identité de ses signataires, sauvegarde en effet avec une égale rigueur la responsabilité du conservateur. Il est donc permis de penser avec MM. Baudry Lacantinerie et De Loynes que si la loi parle d'« expédition » dans l'article 2158, « elle a statué *de eo quod perumque fit*, et qu'elle n'a pas fait de cette exigence une condition requise pour la validité de la mainlevée » (1).

Cette solution est d'ailleurs celle qui a été expressément consacrée par la loi Belge du 16 décembre 1851, qui, pour former son article 93, a ajouté les mots « où l'acte en brevet » aux termes de l'article 2158 qu'elle reproduit exactement.

IV

Conformément au principe général que nous avons adopté (2), nous pensons que la procuration donnée par

1. Baudry Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, III, n° 184.

2. V. ci-dessus, p .

le créancier à un mandataire afin d'opérer la radiation d'une inscription hypothécaire, doit, comme l'acte principal de mainlevée, revêtir aussi la forme authentique. Ce que veut en effet le législateur en exigeant le concours d'un notaire, c'est s'assurer de l'identité du véritable créancier et de la sincérité de son consentement. Or, c'est la procuration qui contient sa signature et la manifestation de sa volonté. Le mandataire devra donc présenter au conservateur, outre l'acte de mainlevée authentique signé de lui, le brevet original ou une expédition de la procuration en minute que lui a consentie le créancier (1).

Cette règle n'est cependant pas absolue, et l'on admet

1. Cass. 21 juillet 1830 (S. 36. 1. 921). La jurisprudence a eu l'occasion de faire une intéressante application de cette règle en matière d'exécution testamentaire (Lille, 19 mai 1892 (D. 93. 2. 311). Le testateur peut conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus que ceux compris dans l'art. 1031 du C. civ., il peut notamment lui accorder « la faculté de donner mainlevée de toutes inscriptions hypothécaires avant ou après paiement, hors la présence et sans l'intervention des héritiers ou légataires universels ». Ces pouvoirs peuvent être valablement contenus dans un testament authentique ou olographe. Cependant si le testament est olographe, le conservateur peut et doit refuser de radier l'hypothèque sur la présentation par l'exécuteur testamentaire de l'expédition du testament qui lui donne ce pouvoir (art. 2158). Le dépôt de ce testament chez un notaire commis par le tribunal, n'aurait d'ailleurs pas pour effet de rendre la radiation possible, car le dépôt d'un acte pour minute ne saurait en modifier la nature et le transformer en un acte authentique. Comme l'a fort bien décidé la Cour de Lille, tout ce que pourraient faire en l'espèce les parties intéressées, c'est de s'adresser au Tribunal pour lui demander d'ordonner la radiation de l'inscription consentie par l'exécuteur testamentaire.

généralement qu'elle comporte une double exception. Ces cas exceptionnels ne résultent pas il est vrai des dispositions positives de la loi, mais se déduisent logiquement de certaines règles de droit.

Les auteurs s'accordent en effet à penser que le mandat donné par un propriétaire de vendre un de ses immeubles, d'en toucher le prix et d'en donner quittance, emporte de plein droit pouvoir pour le mandataire de donner aussi mainlevée de l'inscription prise d'office au profit du mandant. Un tel pouvoir disent-ils, ne peut en effet porter ombrage à la sécurité du conservateur, car si la sincérité de la procuration venait à être contestée, si le propriétaire déniait sa signature, ce ne serait pas seulement la mainlevée, mais aussi la vente elle-même et l'inscription qui l'a suivie qui tomberaient de ce fait. Dès lors la responsabilité du conservateur ne saurait en aucun cas se trouver engagée.

Une deuxième exception serait relative à la matière des sociétés commerciales. S'il est vrai, disent certains auteurs qu'avant 1893 il convenait de décider par application stricte des principes de droit que les pouvoirs conférés par une société à ses représentants de donner mainlevée des inscriptions hypothécaires prises à son profit, ne pouvaient être contenus que dans un acte notarié (statuts sociaux ou procuration spéciale), la solution contraire ne saurait faire de doute depuis la loi du 1^{er} août 1893. Nous savons en effet que cette loi a permis aux gérants et administrateurs des sociétés de constituer valablement hypothèque sur les immeubles sociaux, en vertu de pouvoirs contenus dans un acte de société même sous seing privé. Dès lors, concluent ces auteurs, « par identité

de motifs et peut être a *fortiori*, il doit en être de même pour les mainlevées ».

Cette solution ne nous paraît cependant pas exacte. Il ne convient pas en effet d'assimiler « par identité de motifs » aux règles de forme prescrites pour l'acte constitutif de l'hypothèque celles admises pour l'acte de mainlevée. Les raisons qui justifient les unes et les autres ne sont pas du tout les mêmes, et s'il est vrai que les motifs qui expliquent l'authenticité nécessaire de la constitution d'hypothèque (perfection de la rédaction, protection du débiteur) font complètement défaut quand il s'agit de sociétés (dont les directeurs sont presque toujours des hommes au courant des affaires et du droit), ceux qui justifient le concours d'un notaire à l'acte de mainlevée, gardent, même en cette matière, leur entière valeur. Que veut en effet la loi ? Sauvegarder uniquement la responsabilité du conservateur contre les réclamations d'un créancier hypothécaire dont l'inscription aurait été radiée sur présentation d'une mainlevée revêtue de fausses signatures. Dès lors, que ce créancier soit un individu quelconque ou une personne morale, qu'importe ? Les risques de fraudes de la part du débiteur ne sont pas moins grands dans un cas que dans l'autre, et la nécessité d'avoir recours à un notaire qui puisse répondre de l'identité des parties se fait également sentir en toute hypothèse. Nous avons vu, du reste, que les lois récentes qui avaient autorisé certaines constitutions d'hypothèques par acte sous seing privé, avaient néanmoins maintenu la nécessité d'un acte authentique pour le consentement à radiation, ce qui prouve bien qu'il n'y a aucun rapprochement à faire entre les différentes règles de formes admises pour chacun de ces actes.

CHAPITRE II

SANCTION DE CETTE EXIGENCE

Le conservateur auquel on présente un acte de mainlevée sous seing privé, peut et doit refuser d'opérer la radiation demandée. Il doit en effet exiger qu'on lui justifie du consentement du créancier en la forme requise par l'article 2158.

Mais supposons que le conservateur ait tout de même radié l'inscription hypothécaire sur la production d'une mainlevée consentie, soit dans un acte sous signature privée par le créancier lui-même, soit dans un acte authentique par un mandataire porteur d'une procuration sous seing privé.

Il est tout d'abord certain que le conservateur sera personnellement responsable des dommages causés au créancier par cette faute de service ; la responsabilité des conservateurs n'est pas en effet restreinte aux cas prévus par la loi, et l'énumération de l'article 2197 du Code civil n'est pas limitative. Elle reste en réalité régie par les principes du droit commun et se trouve dès lors compromise toutes les fois que par une faute ou une négligence quelconques dans l'exercice de leurs fonc-

tions ils ont causé un dommage quelconque à un tiers (1).

Mais que doit-il en définitive advenir de la radiation opérée à tort ? Devra-t-on la considérer comme absolument nulle et de nul effet, et la tenir pour non avenue ? faudra-t-il au contraire la déclarer pleinement valable et lui faire produire tous ses effets, quitte aux intéressés à se retourner ensuite contre le conservateur en faute, au cas où le véritable créancier viendrait à contester la sincérité de la signature opposée sur l'acte de mainlevée sous seing privé ?

La doctrine et la jurisprudence, quoique assez hésitantes sur ce point semblent cependant pencher en faveur de la radiation. M. Pont enseigne toutefois (2) que la radiation opérée en vertu d'une mainlevée sous seing privé, pourrait, *pour ce seul motif*, être annulée par le tribunal sur la demande du créancier. Un arrêt assez ancien de la Cour de Toulouse (3) s'est implicitement prononcé dans le même sens, en approuvant l'acquéreur d'un immeuble qui refusait de payer son prix, quoique le conservateur lui eût délivré un certificat constatant que toutes les inscriptions grevant ledit immeuble étaient rayées, parce que les mainlevées en vertu desquelles ces radiations avaient été opérées ne revêtaient pas le caractère authentique.

En réalité, toute la question revient à savoir quel est le sens de l'authenticité requise par l'article 2158 du Code civil. Est-elle prescrite pour la validité et pour

1. Nancy, 2 juin 1900 (D. P. 1900. 2. 462).

2. Pont, II, n° 1074.

3. Toulouse, 16 juillet 1818 (J. G. v° *Privil. et hypoth.* n° 2704-2°).

l'existence même de l'acte, ou seulement dans l'intérêt du conservateur? En définitive, l'acte de mainlevée est-il oui ou non un acte solennel?

A vrai dire, il n'y a aucune raison pour admettre que la loi ait voulu faire du caractère authentique de la mainlevée une condition essentielle à la validité de cet acte. Toutes les fois qu'elle établit une telle exigence, elle prend soin de le dire expressément. Par exemple, lorsqu'elle définit, dans l'article 2117, la convention d'hypothèque, elle dit formellement que cette convention « dépend de la forme extérieure des actes et des contrats ». Or, rien de pareil dans l'article 2157, qui est le seul texte déterminant les conditions de validité de l'acte de radiation; ce dernier article dispose en effet simplement. « Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet »; il garde le silence sur la forme en laquelle doit s'exprimer ce consentement. L'article suivant parle il est vrai du dépôt au bureau des hypothèques « de l'acte authentique portant consentement »; mais l'article 2158 n'a pas pour but de fixer les conditions de validité de la radiation, il énumère seulement les pièces qui doivent être présentées au conservateur. Il ressort donc clairement du rapprochement de ces textes que si la constitution d'hypothèque conventionnelle est un contrat solennel, il n'en est pas de même de l'acte de mainlevée (1). Si cependant la loi en exige ici la forme authentique, ce n'est pas en faveur du créancier dont

1. V. Laurent, 31, p. 173. Guillouard, 3. 328. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 3. 132. Aubry et Rau, 3. 389 (en note).

elle n'a plus besoin de protéger la libre manifestation de volonté, mais uniquement dans l'intérêt du conservateur dont elle tient à sauvegarder la responsabilité excessive. Ce n'est en quelque sorte qu'une mesure d'ordre intérieur, dont le seul but est de permettre au conservateur des hypothèques de se mettre en garde contre les réclamations d'un créancier lésé par nue fausse radiation, en exigeant du requérant la production d'un acte de mainlevée notarié dont l'authenticité soit une garantie de sa sincérité.

Puisque ce n'est donc pas dans son intérêt qu'est exigée cette formalité, il n'appartient pas au créancier de se prévaloir de son inobservation pour attaquer la validité de l'acte. Il ne doit être admis à en poursuivre la nullité qu'à condition d'employer la procédure de dénégation d'écriture, et de contester la sincérité de la signature apposée sur l'acte de mainlevée ou la procuration sous-seing privé. Conformément aux principes généraux, le créancier se trouve donc personnellement obligé par la mainlevée qu'il a consentie, quelle que soit d'ailleurs la forme en laquelle se soit manifestée sa volonté ; qu'il ait exprimé son consentement dans un acte sous seing privé ou même verbalement (1), il n'en est pas moins engagé envers le débiteur à en assurer l'exécution. Ce dernier pourrait dès lors le contraindre, afin d'éviter toute difficulté de la part du conservateur, à lui consentir de nouveau mainlevée en la forme authentique ; et s'il s'y refusait, le poursuivre en justice pour obtenir du tribunal une mainlevée judiciaire.

1. En admettant que la preuve en puisse être régulièrement fournie par le débiteur.

DEUXIÈME PARTIE

Hypothèques légales

*Conventions relatives à l'hypothèque légale
de la femme mariée.*

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE ET DE L'UTILITÉ DE CES CONVENTIONS

Pour permettre à la femme mariée d'exercer utilement à la dissolution du mariage ou de la communauté les reprises créances et avantages matrimoniaux qu'elle aura alors à faire valoir contre son mari, le Code lui accorde une hypothèque légale sur tous les biens appartenant à son mari. Cette hypothèque est générale, puisqu'elle porte sur tous les biens présents et à venir du mari ; elle est en outre indéterminée, puisqu'elle garan-

tit des créances dont le montant ne sera définitivement fixé que lors de la liquidation des droits de la femme ; elle est enfin occulte, puisque, tant que dure le mariage, elle produit normalement ses effets indépendamment de toute inscription.

Cette hypothèque, avec de tels caractères, présente une utilité incontestable pour la femme qu'elle protège contre l'incapacité, l'imprudence ou la négligence de son mari. Elle a par contre le grave inconvénient de ruiner dans une large mesure le crédit du mari dont le patrimoine s'en trouve, dès le jour du mariage lourdement grevé. Le danger est d'autant plus grand que cette hypothèque est destinée à garantir des dettes dont les tiers ne peuvent exactement évaluer le montant. Et, chose remarquable, plus la femme est riche, plus est forte l'entrave apportée au crédit du ménage, puisqu'à l'étendue de ses reprises est proportionnée celle de son hypothèque. Le mari veut-il dès lors emprunter de l'argent au cours du mariage ? le prêteur se montrera exigeant, objectant que l'hypothèque qu'on lui offre ne constitue qu'une garantie insuffisante, primée qu'elle est par celle de la femme. Si d'autre part le mari veut vendre un de ses immeubles, l'acquéreur devra craindre le droit de suite attaché à l'hypothèque de la femme ; il pourra certes procéder à la purge des hypothèques légales, mais sans compter qu'une telle procédure lui coûtera très cher, il courra quand même le risque d'être évincé par suite de l'exercice d'une surenchère du dixième que rend toujours possible la procédure de purge.

Il est donc pratiquement nécessaire que la femme puisse, par différents moyens, renforcer le crédit de son

mari, et rassurer les tiers contre les dangers que leur fait courir sa situation privilégiée. La pratique a en effet inventé un certain nombre de conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée, dont l'effet est de remédier aux inconvénients que présente cette hypothèque, — et aussi, le cas échéant, de transformer, comme nous le verrons, en un instrument de crédit ce qui n'était originairement qu'une entrave à ce crédit même.

L'on compte de nos jours un certain nombre de ces contrats, qui, sous des dénominations diverses poursuivent tous un double résultat : éteindre l'hypothèque légale de la femme mariée, ou bien la transférer au profit d'un créancier du mari. Par la renonciation à son hypothèque, la femme libère le tiers acquéreur de son droit de suite tout en le dispensant d'accomplir les formalités de purge, et permet ainsi au mari de toucher sans retard son prix de vente ; par la subrogation, le créancier bénéficiaire, loin de se voir opposer l'hypothèque légale, l'utilise à son profit contre les autres créanciers hypothécaires.

Nous aurons donc à étudier en détail, au point de vue de leur forme nécessairement authentique, la subrogation et la renonciation par la femme à son hypothèque légale, au profit d'un acquéreur ou d'un créancier de son mari. Disons tout de suite que ces conventions, dont la légalité même était discutée sous l'empire du Code civil qui ne les avait en effet pas prévues, sont aujourd'hui expressément réglementées par les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889.

Dans des situations spéciales sont usitées des stipula-

tions d'une nature et d'une dénomination un peu différentes, quoique poursuivant en définitive le même but que les subrogations et renonciations. Mais comme ces contrats (cession d'antériorité, promesse d'abstention, cession de créance) n'ont pas été expressément prévus par les textes de lois précités, nous aurons à nous demander s'il convient de leur en étendre les dispositions, tout spécialement en ce qui concerne les règles de forme.

Après avoir exposé, dans un chapitre premier, le principe d'authenticité que pose à l'égard de ces diverses conventions l'article 9 de la loi de 1855 complété par la loi de 1889, nous rechercherons dans un deuxième chapitre quelles sont les différentes stipulations auxquelles il convient d'en étendre l'application. Dans un chapitre troisième nous examinerons les raisons qui ont conduit le législateur moderne à exiger en tous cas la rédaction d'un acte authentique en cette matière; l'étude de la nature et de la sanction de cette authenticité nécessaire formera enfin l'objet d'un quatrième et dernier chapitre.

CHAPITRE II

DE LA FORME NÉCESSAIREMENT AUTHENTIQUE DES SUBROGATIONS ET RENONCIATIONS CONSENTIES PAR LA FEMME MARIÉE RELATIVEMENT A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE.

§ 1. — *La législation du Code civil.*

Le Code civil n'avait nullement prévu les subrogations et renonciations par une femme mariée à son hypothèque légale, et aucune disposition législative n'en réglementait les conditions de fonds et de forme. Aussi la plus grande tolérance régnait-elle à l'égard de ces stipulations diverses, auxquelles la jurisprudence et la doctrine se bornaient à faire application des principes généraux en matière de conventions. Il y avait bien à la vérité, les articles 2144 et 2145 qui exigeaient certaines formalités pour la réduction des hypothèques légales des femmes mariées ; mais on était généralement d'accord pour en écarter ici l'application, aucune assimilation ne pouvant en effet être faite entre la réduction de l'hypothèque légale et la subrogation ou la renonciation à la même hypothèque. Tandis que dans la première opération le mari seul est intéressé, les dernières sont consen-

ties par la femme dans l'intérêt d'un créancier ou d'un tiers-acquéreur (1).

Se rattachant donc en l'absence de texte précis et explicite aux règles générales du droit civil, une jurisprudence constante permettait à la femme mariée, dûment autorisée de son mari, de passer relativement à son hypothèque légale toutes les conventions qu'elle jugeait utiles (cessions, subrogations, renonciations, etc.), sans aucune exigence spéciale (2) quant à leur forme, leur étendue, leur publicité (3). Au point de vue particulier qui nous intéresse, on admettait sans peine que de pareilles stipulations pouvaient être indifféremment contenues dans un acte authentique ou sous seing privé ; et la jurisprudence décidait même que le simple concours de la femme à la vente d'un immeuble grevé de son hypothèque en emportait renonciation tacite au profit de l'acquéreur quelle que fût d'ailleurs la forme de l'acte d'aliénation. Pareillement, la subrogation à son hypothèque légale pouvait implicitement résulter de son consentement à la quittance donnée par son mari à l'acquéreur qui paie son prix.

Il est aisé, dès lors, de se rendre compte des inconvé-

1. V. Cass. 28 juillet 1823 (s. c. L. à sa date). Lyon, 21 déc. 1840 (S. 41. 2. 268). Metz, 13 juillet 1820 (S. V. 21. 2. 176).

2. Exception faite, bien entendu, pour les règles restrictives propres au régime dotal.

3. Au début, toutefois, les tribunaux avaient un moment considéré ces conventions comme une simple *restriction* de l'hypothèque légale, et leur avaient fait application des art. 2144 et 2145 du C. civ. (Cass. 1820). Mais quelques années plus tard, la jurisprudence avait changé, et sa solution, depuis, n'a jamais varié.

nients graves et multiples que présentait un tel système. Les tiers, d'une part, pouvaient être fréquemment victimes de la fraude à laquelle se prête si facilement la forme sous seing privé, et que le défaut de publicité ne leur permettait pas d'éviter; la femme, d'autre part, pouvait être entraînée par son mari à consentir à la légère des conventions, sur le sens et la portée desquelles aucun officier ministériel n'était appelé à l'éclairer. Seuls les maris peu scrupuleux pouvaient tirer quelque profit de cette absence de réglementation pour abuser impunément de l'ignorance de leur femme ou de la confiance qu'ils leur inspiraient.

Mais, pour être amendé, un tel système demandait la réforme du régime hypothécaire tout entier : ce fut l'œuvre de la loi du 23 mars 1855.

§ 2. — *La loi du 23 mars 1855.*

Au cours des tentatives de réforme hypothécaire qui se succédèrent vers le milieu du siècle dernier, l'attention du législateur et des jurisconsultes fut particulièrement attirée par les graves lacunes qu'avait révélées la pratique dans la matière des conventions relatives à l'hypothèque légale des femmes mariées. Après un premier essai demeuré infructueux en 1851, de nouvelles tentatives aboutirent à la loi du 23 mars 1855, qui mit fin dans une certaine mesure aux fraudes et aux abus auxquels avait donné lieu la législation antérieure.

Mais la loi du 23 mars 1855 ne traite pas uniquement de la forme des conventions par lesquelles la femme

mariée dispose de son hypothèque ; elle poursuit un but beaucoup plus vaste, en organisant notamment tout un système de publicité pour les aliénations immobilières. Un seul de ses articles est en effet relatif à la matière qui fait l'objet de cette étude et nous occupera par la suite. C'est l'article 9, qui est ainsi conçu : « Dans les cas où les
« femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y
« renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être
« faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en
« sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de
« cette hypothèque prise à leur profit ou par la mention
« de la subrogation en marge de l'inscription préexis-
« tante. Les dates des inscriptions ou mentions déter-
« minent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des
« cessions ou renonciations exercent les droits hypothé-
« caires de la femme ». Comme on le voit, cet article pose deux principes nouveaux : principe d'authenticité, et principe de publicité. D'une part les cessions et renonciations doivent être constatées par acte authentique ; d'autre part les cessionnaires successifs doivent prendre au bureau des hypothèques une inscription qui rend leur droit opposable aux tiers, et dont la date détermine leur rang respectif.

Nous n'avons à nous préoccuper ici que du principe d'authenticité ; mais avant d'en examiner les caractères et d'en rechercher la sanction, il nous faut tout d'abord étudier quelle a été la portée attribuée aux dispositions de l'article 9, et comment devant les discussions auxquelles a donné lieu cette grave question en jurisprudence et en doctrine, le législateur a dû intervenir de nouveau en 1889. Mais comme cette controverse,

autrefois très vive, a définitivement pris fin depuis la loi du 13 février 1889 et n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, qu'il nous soit permis d'être brefs à son égard.

Il était tout d'abord certain que toutes les solutions admises antérieurement à la loi de 1855 subsistaient intactes, dans la mesure où elles n'étaient pas en contradiction avec les dispositions nouvelles. Ainsi la femme pouvait, même après 1855, renoncer à son hypothèque légale dans l'acte même d'aliénation, ou par acte séparé ; sa renonciation pouvait encore être expresse, ou s'induire implicitement de son concours à l'acte d'aliénation consenti par son mari ; son consentement enfin à la quittance délivrée par son mari à l'acquéreur d'un immeuble, emportait toujours subrogation tacite au profit de ce dernier dans ses droits d'hypothèque légale.

Mais une fois ces points admis, il restait à déterminer le champ d'application exact de l'article 9 de la loi nouvelle ; fallait-il en appliquer les prescriptions à *toutes* les conventions susceptibles d'être consenties par la femme relativement à son hypothèque légale ; ne convenait-il pas plutôt d'entendre restrictivement le texte nouveau, et d'en limiter l'application aux seules stipulations expressement prévues par le législateur ? S'il était vrai en effet que ce dernier avait certainement voulu y viser les cessions ou subrogations consenties par la femme au profit d'un *créancier* de son mari ou de la communauté (1),

1. Les travaux préparatoires de la loi ne peuvent laisser aucun doute à cet égard ; voici en effet en quels termes est conçu l'exposé des motifs : « Le *cessionnaire* du droit de la femme n'est protégé par aucune des considérations qui peuvent empêcher la femme

rien ne démontrait qu'il y avait eu aussi en vue les renonciations purement extinctives au profit d'un tiers acquéreur. Et la controverse était d'autant plus vive à ce sujet entre les auteurs, que les travaux préparatoires de la loi de 1855 étant très laconiques sur les dispositions de l'article 9, le champ restait libre à toutes les discussions.

Pas moins de quatre systèmes différents surgirent en effet sitôt la promulgation de la loi, pour essayer de donner de l'article 9 précité une interprétation logique.

I. — Dans un premier système soutenu surtout par MM. Aubry et Rau (1) et Bertault (2), on disait que le texte ne faisant aucune distinction, il convenait de traiter sur le même pied les renonciations et subrogations à l'hypothèque légale, les formalités d'authenticité et de publicité devant être également observées pour l'une et pour l'autre opération. Cette doctrine enseignait notamment qu'un acte sous seing privé était insuffisant, non seulement pour les subrogations et renonciations translatives, par lesquelles la femme transmettait à un créancier de son mari ses droits d'hypothèque légale, mais aussi pour les renonciations extinctives, par lesquelles elle consentait à l'extinction pure et simple de son hypo-

de prendre inscription contre son mari ; il ne doit donc pas jouir de la même exception, et l'intérêt des tiers se présente alors entier pour réclamer une publicité d'hypothèque, si nécessaire à la sécurité des transactions. L'acte de *subrogation* doit être authentique, puisqu'il doit servir de première base à une inscription qui ne peut se fonder que sur un acte solennel ».

1. Aubry et Rau, III, 288 *bis* et note.

2. Bertault, *De la subrogation à l'hypothèque légale*, n° 81 et suiv.

thèque sur un immeuble déterminé au profit de l'acquéreur de ce même immeuble.

Les partisans de ce premier système invoquaient tout d'abord en faveur de leur opinion la généralité même des termes de l'article 9 qui dispose en effet : « Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... ». Cette formule n'englobe-t-elle pas, disaient-ils, toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, et ne suffit-elle pas pour dispenser le législateur d'une énumération inutile ?

En outre, ajoutaient-ils, l'authenticité n'est pas seulement exigée par la loi dans l'intérêt des tiers qu'elle veut protéger contre les fraudes, mais encore et surtout dans celui de la femme qu'elle veut garantir contre sa propre ignorance et l'influence souvent néfaste de son mari. Or ces dangers restent les mêmes pour la femme quelle que soit la nature translatrice ou extinctive de la convention qu'elle passe, et les garanties que lui donne contre eux la loi doivent donc subsister en toute hypothèse.

Ils arguaient enfin du caractère impératif de la loi qui avait installé un système de publicité spécial, et ne pouvait tolérer qu'on le supprimât ou le remplaçât par d'autres formalités. Ils repoussaient ainsi la solution proposée par certains de leurs adversaires qui, pour les renonciations extinctives, prétendaient suppléer à l'inscription prévue par l'article 9, par la transcription de l'acte d'aliénation. Ils reprochaient en outre à ce dernier mode de publicité détourné de ne pas être suffisamment explicite dans le cas où la renonciation résultait tacitement du simple concours de la femme à l'acte, et même de ne pas

pouvoir être utilisé quand c'était par un acte séparé que la femme avait renoncé à son hypothèque légale.

II. — Une deuxième opinion formulée surtout par M. Mourlon (1) consistait à distinguer entre les renonciations purement extinctives, et les renonciations investitives ou translatives, ces dernières seules tombant sous l'application de l'article 9. Dans ce dernier cas en effet, disait M. Mourlon « deux droits ont été transmis à l'acquéreur, l'un du chef du vendeur : la propriété de l'immeuble ; l'autre du chef de la femme du vendeur : l'hypothèque dont elle est investie. Chaque transmission a ses formalités propres (art. 1 et 9 de la loi de 55), dès lors l'acquéreur ne peut être complètement à couvert que s'il a satisfait à la double prescription de la loi ». Par contre, quand il s'agissait d'une simple abdication par la femme de ses droits d'hypothèque au profit de l'acquéreur, d'une simple renonciation à son droit de suite sur l'immeuble vendu, l'auteur alors écartait absolument l'application de l'article 9. En effet, poursuivait-il, la solution contraire nous conduirait à exiger non seulement un acte authentique pour toute renonciation expresse ou tacite de la part de la femme, mais encore (ce qui serait absurde) une inscription de cette renonciation ! comment, en vérité, concevoir qu'on puisse inscrire une hypothèque éteinte ? « Combien ne serait-il pas étrange de voir l'acquéreur prendre au nom d'un tiers une inscription hypothécaire sur un immeuble qu'il a voulu acquérir et qu'il a réellement acquis libre et franc de toute hypothèque ?... le principe est absolu,

1. Mourlon, Transcription, II.

affirmait-il, les renonciations extinctives de l'hypothèque échappent au principe nouveau, et on est forcé d'en conclure qu'elles ont leur effet même au regard des tiers dès qu'elles sont parfaites entre les parties qui les ont stipulées et consenties ».

III. — Une troisième théorie tout en exigeant l'authenticité pour la renonciation consentie par acte distinct, se contentait d'un acte sous seing privé quand cette renonciation résultait implicitement du concours de la femme à l'acte de vente passé par son mari (1). En effet, disaient les partisans de cette doctrine, aucun texte de loi n'interdit à la femme mariée de vendre par acte sous seing privé; or du seul fait qu'elle vend ou concourt à une vente, elle contracte envers l'acquéreur une obligation de garantie, qui fait qu'elle ne peut plus l'évincer ensuite en exerçant contre lui son hypothèque légale sa renonciation dérive nécessairement de son obligation de garantie qui est elle-même une conséquence de la vente. Il faut pour déterminer les règles de formes applicables à un contrat s'attacher à la nature de l'opération principale qu'il constate; cette opération étant, en l'espèce, une vente, le principe d'après lequel les ventes peuvent être faites par acte sous seing privé doit donc l'emporter sur la règle qui prescrit un acte authentique pour les renonciations. Par contre, en convenaient-ils, les renonciations (et subrogations) consenties par la femme par acte séparé tombent expressément sous le coup de l'article 9, et sont nécessairement soumises au double principe d'authenticité et de publicité.

1. Lyon, 6 mars 1880. Sous cass. 22 novembre 1880 (S. 81 473).

IV. — Un quatrième système enfin, s'inspirant avant tout des travaux préparatoires et des débats législatifs qui ont précédé le vote de la loi de 1855, au cours desquels il n'avait en effet jamais été question d'acquéreur, soutenait que le législateur n'avait eu en vue que les seules cessions, subrogations ou renonciations faites par la femme au profit d'un *créancier* du mari ; les conventions, même translatives de l'hypothèque légale, consenties au profit d'un acquéreur restant par conséquent régies par les règles ordinaires du Code civil (1).

La jurisprudence elle-même était hésitante et contradictoire ; peu de décisions avaient d'ailleurs été rendues sur la question. Un jugement du tribunal de Bourga-neuf du 27 février 1869 (2) et un arrêt de la Cour d'Amiens du 26 mai 1874 (3) avaient bien exigé la rédaction d'un acte authentique, mais dans les deux cas il s'agissait de subrogation consentie par la femme au profit de créanciers de son mari. Il faut arriver jusqu'à un arrêt de la Cour de Lyon du 6 mars 1880 (4) pour voir enfin la question tranchée *in terminis*. Cet arrêt, se rangeant à l'opinion de MM. Aubry et Rau, adoptait sans restriction le premier système : « Considérant, disait-il, que l'article 9 est aussi formel que possible, qu'il annule toute cession de l'hypothèque légale, toute renonciation à cette hypothèque qui ne serait pas contenue dans un acte authentique ; que la loi ne distingue pas entre les renonciations extinctives, par exemple

1. Pont, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 486.

2. S. 69. 2. 88.

3. S. 75. 2. 113.

4. Lyon, 6 mars 1880, sous Cass. 22 nov. 1880 (S. 81. 473).

dans le cas où il n'existe sur l'immeuble vendu que la seule hypothèque légale de la femme, et les renonciations translatives, dans le cas où l'immeuble est grevé de plusieurs hypothèques conventionnelles, et où la femme pour garantir complètement son acquéreur doit lui transmettre son hypothèque privilégiée ».

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation (3). Malheureusement la question soumise aux juges de la Cour suprême n'était plus celle de savoir si l'authenticité requise par l'article 9 s'étendait aussi bien aux renonciations purement extinctives qu'aux cessions et renonciations translatives, mais uniquement celle de savoir en quelle qualité la femme était intervenue à l'acte de vente consenti par son mari (comme covenenderesse, ou comme renonçante à son hypothèque légale ?). Aussi la Cour s'étant-elle contentée de déclarer les juges du fond tout-puissants pour apprécier les circonstances de fait qui pouvaient faire attribuer telle ou telle qualité la femme, ne retrouvons-nous pas dans ses attendus la déclaration de principe qu'avait si nettement formulée l'arrêt précité de la Cour de Lyon.

Il serait malheureusement impossible de trouver dans l'intervalle entre 1855 et 1889 un arrêt de la Cour de cassation qui tranchât directement la question qui nous intéresse. Si l'on considérait toutefois comme solidaires, sous l'empire de la loi de 55, les deux principes de publicité et d'authenticité posés par l'article 9, l'on pourrait citer dans le même sens que l'arrêt de Lyon un arrêt de la Cour suprême du 26 août 1866, qui a décidé en effet

1. Cass. 22 nov. 1880 (S. 81. 473).

que le principe nouveau de publicité s'appliquait tout aussi bien aux acquéreurs d'un immeuble du mari, au profit desquels la femme avait renoncé à son hypothèque légale, qu'aux créanciers cessionnaires de la même hypothèque : « Attendu, disait l'arrêt, que l'acquéreur d'un immeuble du mari se trouve, vis-à-vis des autres cessionnaires de l'hypothèque légale, dans la situation textuellement prévue par l'article 9 ; que la renonciation dont il réclame le bénéfice au regard des créanciers du vendeur, n'est point, à défaut soit d'une inscription, soit des formalités de la purge, opposable aux cessionnaires dont les subrogations ultérieures ont été régulièrement inscrites conformément à la dite disposition ... »

Mais cette jurisprudence n'était malheureusement pas unanime ; et la Cour de Dijon notamment s'était manifestement ralliée à l'opinion contraire : « Considérant, disait-elle, dans un arrêt du 4 août 1880 (S. 1880. 2. 323) que ce texte (l'art. 9), qui s'applique sans difficulté au créancier bénéficiaire d'une renonciation ne peut logiquement être opposé à l'acquéreur, qui n'a pas de droit hypothécaire à exercer, et qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi, aussi bien que des discussions législatives auxquelles elle a donné lieu, que ses prescriptions ne s'étendent pas au cas où la renonciation de la femme a eu pour effet d'éteindre l'hypothèque légale grevant l'immeuble vendu... qu'on ne saurait admettre que le législateur ait voulu soumettre à cette formalité (l'authenticité) toutes les ventes dans lesquelles la femme renonce à son hypothèque légale, alors que l'intérêt des tiers étant déjà suffisamment sauvegardé, rien ne justi-

fierait plus une dérogation au Code civil aussi onéreuse pour la propriété ».

La controverse est maintenant définitivement close, depuis la loi du 13 février 1889 ; mais signalons pour finir un « arrêt posthume » de la Cour de cassation du 5 mai 1890, qui n'a plus à vrai dire qu'un intérêt rétrospectif, mais qui aurait sans doute pu fixer la jurisprudence, jusque-là hésitante, dans le sens de la doctrine de la Cour de Dijon, si la loi nouvelle n'était précisément apparue. « Les formalités de l'article 9, déclare en effet la Cour suprême, ne s'appliquent qu'aux renonciations translatives ; les renonciations extinctives ne sont soumises à aucune autre formalité que celle de la transcription »...

Mais quand est intervenu ce dernier arrêt, le législateur, sur les instances des corps intéressés, venait d'apporter lui-même une solution définitive à ces trop longues discussions ; et c'est à l'étude de la loi nouvelle, et à l'exposé sommaire des réclamations et tentatives diverses qui l'ont précédée, qu'il nous faut maintenant passer.

§ 3. — *La loi du 13 février 1889.*

L'incertitude la plus complète régnait donc en doctrine et en jurisprudence avant 1889, relativement à la portée à attribuer à l'article 9 de la loi de 1855. En fait, un assez grand nombre de renonciations se faisaient par le simple concours de la femme à un acte de vente sous seing privé ; mais ces renonciations restaient toujours sous la menace d'une annulation possible. Il en résultait un cer-

tain malaise dans les affaires, et les principaux intéressés, les notaires, adressèrent aux Chambres en 1862 une pétition pour demander la révision de l'article 9.

Cette demande fut malheureusement repoussée sans discussion par le Sénat, sur la proposition de son rapporteur M. de Casabianca, qui prétendit que toute réforme était inutile, le texte de loi incriminé ne laissant planer aucun doute sur l'intention évidente du législateur de n'y soumettre que les renonciations et subrogations consenties au profit d'un *créancier* du mari. Les renonciations extinctives au profit d'un acquéreur n'ayant pas été prévues par la loi de 1855, affirmait-il, une loi n'était donc nullement nécessaire, pour les faire rester dans le droit commun.

Mais en 1880 les Cours de Lyon et de Dijon s'étant, à quelques mois de distance, prononcées différemment sur la question, les notaires s'émurent des difficultés que créait en pratique une telle incertitude, et adressèrent aux Chambres une deuxième pétition (1881). Par suite d'un très louable scrupule, peut-être, les notaires ne réclamaient pas dans leur requête l'authenticité nécessaire de toutes les conventions relatives aux hypothèques légales des femmes mariées ; ils se bornaient à demander que la transcription de l'acte d'aliénation contenant renonciation expresse ou tacite par la femme à son hypothèque, ou la simple mention de cette renonciation en marge de la transcription, fût suffisante pour rendre l'extinction de cette hypothèque opposable à tous.

Leur pétition reçut cette fois un meilleur accueil qu'en 1862, car le 7 décembre de la même année, M. Cazot,

garde des sceaux, déposa, au nom du gouvernement, un projet de loi donnant entière satisfaction à leurs prétentions (1). Le projet passait aussi sous silence la question d'authenticité, mais la commission chargée par la Chambre des députés de l'examiner, ne l'adopta qu'après y avoir expressément introduit la nécessité d'un acte authentique pour toutes les renonciations consenties par la femme dans un *acte séparé*. Cependant la législature de 1881-1885 prenait fin sans que le projet ne vint en discussion publique.

Mais en 1885 le gouvernement reprit le projet et le déposa sur le bureau de la Chambre (2) en lui laissant la forme définitive que lui avait donnée la précédente commission. Soumis de nouveau à l'examen d'une commission spéciale, il en sortit un peu modifié : « S'inspirant de l'article 9 de la loi de 1855 qui exige l'authenticité pour tous les actes de cession d'hypothèque légale et de renonciation à cette hypothèque, désireuse d'entourer la renonciation de la femme à son hypothèque sur les immeubles aliénés par son mari de toutes les garanties possibles, de faire en sorte qu'elle soit avertie de l'importance de l'acte dans lequel elle déclare renoncer à son hypothèque ou auquel elle concourt, avertissement qui ne peut lui être donné que dans un acte notarié » (3), la nouvelle commission, renchérissant sur la précédente, se prononça en faveur de la nécessité d'un acte authentique *dans tous les cas*. Le projet ainsi modi-

1. V. *Journal off.* 1886, annexe de la Ch. des dép. n° 138.

2. V. *Journal off.* 1886, annexe de la Ch. des dép. n° 106.

3. V. *Journ. off.* 1886, annexe de la Ch. des dép. n° 583.

fié, et ne faisant donc plus de distinction, au point de vue de leur forme, entre les renonciations consenties par la femme dans un acte distinct et celles résultant de son concours à un acte de vente, fut définitivement voté par la Chambre en 1886. Voici d'ailleurs quelle en était la teneur :

« Il sera ajouté à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 une disposition ainsi conçue : La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut purge, à partir soit de la transcription de l'acte *authentique* d'aliénation si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie par acte *authentique* distinct ».

Porté devant le Sénat la même année, ce projet de loi y fit l'objet d'une très vive discussion. La commission chargée d'en examiner les dispositions, après une étude approfondie de la question, se déclara défavorable à la nécessité d'un acte authentique pour les renonciations purement extinctives. Son rapporteur, M. Merlin (1), après avoir en effet réfuté de son mieux tous les arguments fournis en faveur de l'authenticité, conclut en demandant au Sénat de retrancher purement et simplement le mot « authentique » de la première partie du paragraphe premier du texte adopté par la Chambre des députés. « Vous marquerez ainsi, dit-il, que les effets légaux attribués à la renonciation contenue dans un acte d'aliénation sont indépendants de la forme dont l'acte

1. V. *Journ. off.* annexe du Sénat, année 1888, n° 38.

est revêtu, et qu'ils sont produits tout aussi bien quand l'acte d'aliénation est sous seing privé que lorsqu'il a été passé devant notaire ».

Mais ces conclusions furent fortement critiquées par les partisans de l'authenticité. MM. Fallières, garde des sceaux, Léon Renault, et Trarieux, notamment, tirant argument de la nécessité qu'il y avait de protéger la femme contre les abus de confiance ou d'influence de la part de son mari, demandèrent au Sénat de repousser les prétentions de la Commission, et M. Léon Renault déposa même un amendement dans le sens de l'authenticité absolue. Très combattu devant la Commission qui, après l'avoir une première fois repoussé, finit cependant par l'adopter, cet amendement fut enfin voté par le Sénat, malgré l'énergique opposition de M. Léon Clément.

De retour à la Chambre des Députés, le projet fut aussitôt adopté sous sa forme définitive, pour être enfin promulgué le 13 février 1889. Le § 2 de la loi, qui reproduit l'amendement Renault, est ainsi conçu : « *Dans tous les cas*, cette renonciation n'est valable et ne produit les effets ci-dessus, que si elle est contenue dans un acte authentique ».

La loi nouvelle a donc mis fin aux controverses qu'avait soulevées en doctrine et en jurisprudence l'interprétation de l'article 9 de la loi de 1855, et c'est dans le sens de la doctrine enseignée par MM. Aubry et Rau, et consacrée par la Cour de Lyon (arrêt 1880) qu'elle l'a fait : Désormais, que la renonciation par la femme à son hypothèque légale soit translatrice, ou qu'elle soit purement extinctive ; qu'elle soit expressément formulée dans un acte distinct, ou qu'elle résulte implicitement de son

concoure à un acte de vente ; qu'elle soit enfin consentie au profit d'un créancier du mari, ou bien au profit d'un acquéreur, « *dans tous les cas* » elle doit être nécessairement contenue dans un acte authentique.

Dans un paragraphe dernier, la loi de 1889 dispose encore : « Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte, même à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ».

La loi y prévoit donc deux cas de subrogation légale :

1° Le concours de la femme à l'acte de vente contenant quittance du prix.

2° Son concours à l'acte de quittance isolé postérieur à la vente.

Pour ces deux hypothèses, le texte ne dit pas quelle est la forme à donner à la convention, et la question est fort débattue de savoir s'il convient ou non de leur faire application du principe d'authenticité établi par le § 2 ci-dessus rapporté.

Une distinction, selon nous, s'impose :

1° Si la femme concourt à la vente contenant aussi quittance totale ou partielle du prix : aucune difficulté ; par cela même que la subrogation est contenue dans le même acte que la renonciation, cet acte doit nécessairement être authentique ; le § 2 décide en effet, nous venons de le voir, que la renonciation par la femme à son hypothèque légale n'est valable que si elle est contenue dans un acte revêtu de ce caractère.

2° Après avoir renoncé à son hypothèque légale dans l'acte de vente authentique, la femme donne son consentement ou son concours à l'acte ultérieur qui contient quittance du prix. Ce dernier a-t-il aussi besoin d'être rédigé en la forme authentique ? Nous ne le pensons pas. Puisqu'en effet la loi garde ici le silence, il convient, à n'en pas douter, de faire application des principes généraux, et de décider qu'une simple quittance sous seing privé est en l'espèce suffisante pour produire tous les effets légaux. Au surplus, la loi parle d'authenticité quand il s'agit de renonciations ou de subrogations relatives à l'*hypothèque légale*, à l'hypothèque légale composée de tous ses éléments : droit de suite et droit de préférence. Mais ici, la femme ayant déjà dans l'acte de vente primitif renoncé à son droit de suite, il ne subsiste plus de l'hypothèque légale qu'un droit de préférence, « qu'un simple droit sur le prix » ! Et, malgré les termes erronés de la loi qui continue à parler de « subrogation à l'hypothèque légale » lorsque la femme y a déjà renoncé, il s'agit ici en réalité d'un acte extinctif du droit de préférence, d'un acte *sui generis* pour lequel la loi n'impose aucune forme déterminée. Du reste, il n'y a plus les mêmes raisons pour exiger en l'espèce la présence à l'acte d'un officier ministériel. Lorsque la femme renonce à son hypothèque légale ou y subroge un tiers, elle fait un acte grave, dont elle peut ne pas comprendre aussitôt la nature et les effets ; l'assistance d'un officier public lui est alors d'un puissant secours. Mais ici, les dangers ne sont pas les mêmes : le paiement est un acte simple, dont la femme peut aisément saisir les conséquences fatales ; l'intervention d'un officier ministériel n'a plus

de raison d'être. Ses conseils éclairés peuvent toujours, il est vrai, rendre à la femme ignorante d'utiles services, mais leurs modestes bienfaits ne sauraient en vérité compenser les sacrifices pécuniaires qu'ils entraînent.

CHAPITRE III

DES RÈGLES DE FORME APPLICABLES AUX CONVENTIONS NON PRÉVUES PAR LES TEXTES

Malgré la généralité des termes dans lesquels sont conçues les lois du 23 mars 1855 et du 13 juillet 1889, toutes les conventions que peut passer une femme mariée relativement à son hypothèque légale n'y sont pas expressément prévues. Les subrogations et renonciations consenties par la femme au profit d'un acquéreur ou d'un créancier de son mari, sont, à vrai dire, les seules qu'aient directement visées les textes. Il existe cependant en dehors de ces stipulations un certain nombre de contrats qu'a imaginés la pratique, fertile en combinaisons de toutes sortes. Afin de faire face à tous les événements possibles et de se plier aux multiples intérêts en jeu, elle a en effet créé un certain nombre de conventions qui, tout en ayant entre elles et avec les subrogations et renonciations une certaine analogie, présentent toutefois des différences notoires, et produisent souvent des effets particuliers. Telles sont : « la cession d'antériorité, ou de rang », « la promesse d'abstention », « la cession de créance » considérée comme entraînant du même

coup la transmission de l'hypothèque légale qui la garantit.

Pour toutes ces stipulations, la question se pose donc de savoir s'il faut les laisser sous l'empire du droit commun du Code, ou les soumettre aux lois plus récentes qui régissent les subrogations et renonciations ; et plus spécialement, si l'on doit leur appliquer les règles exceptionnelles de forme qu'exige pour ces derniers contrats l'article 9 de la loi de 1855.

La réponse n'est pas toujours facile à fournir ; et la jurisprudence et la doctrine se sont parfois montrées hésitantes en présence de ces conventions dont la nature n'est pas encore bien définie, et sur le sens desquelles les parties et les notaires eux-mêmes ne se font pas toujours une idée bien nette. Est-ce à dire qu'il faille, pour éviter toute incertitude, les réduire à un type unique dont les effets et les conditions de fonds et de forme seraient déterminés par la loi quels que soient les termes employés par les contractants ? Lors de l'enquête sur la réforme hypothécaire, les facultés de Caen, de Rennes et de Strasbourg (1) n'ont pas hésité à le proposer ; mais une telle solution, pour être radicale, ne nous paraît cependant pas devoir être adoptée. Les stipulations que nous avons énumérées présentent entre elles des différences notables, et les méconnaître serait arbitrairement violer le principe de la liberté des conventions ; l'usage constant qu'on en fait dans la pratique prouve suffisamment d'ailleurs l'utilité propre à chacune d'elles.

1. *Doc. hyp.* II, p. 462 et 473.

Quoiqu'il en soit, notre tâche étant de déterminer, en l'état actuel des choses, les conditions de forme applicables à ces différents contrats, nous allons essayer de fixer les points par lesquels ils se rapprochent ou s'éloignent des subrogations ou renonciations, à l'égard desquelles nous possédons une base solide ; et du même coup nous serons ainsi amenés à leur appliquer, ou non, suivant les cas, les règles de l'article 9 de la loi de 1855.

1° Cession d'antériorité.

La cession d'antériorité est un contrat par lequel un créancier s'oblige à laisser colloquer à son rang sur le prix des immeubles de son débiteur, un autre créancier du même débiteur mais d'un rang postérieur, à la place duquel il consent à être lui-même colloqué.

Une telle opération, qui s'analyse en définitive en un simple échange de rang entre deux créanciers du même débiteur, peut aussi bien intervenir du chef de la femme au profit d'un autre créancier hypothécaire du mari. Bien entendu, cet échange ne s'effectue que jusqu'à concurrence de la plus faible des deux créances, la femme conservant son rang privilégié pour tout le surplus de ses reprises, et ne pouvant d'autre part intervenir utilement que jusqu'à concurrence du montant de ses créances contre son mari.

Certains auteurs ont voulu assimiler la cession d'antériorité de la part de la femme à une renonciation pure et simple à son hypothèque légale. La femme, a-t-on dit, s'y engage uniquement à ne pas se prévaloir de son rang hypothécaire vis-à-vis du créancier bénéficiaire,

sans que ce dernier puisse jamais occuper sa place privilégiée. Une telle confusion peut à la rigueur s'expliquer, par identités d'effets, quand les deux cocontractants sont les deux seuls créanciers du mari ; ou encore, lorsqu'en présence d'autres créanciers, la femme a droit à une collocation se plaçant immédiatement avant celle du créancier bénéficiaire. Mais la conception devient insoutenable, si nous supposons qu'entre la femme et ce créancier s'intercalent plusieurs autres créanciers hypothécaires. Dans ce cas en effet, l'opération, telle que la comprennent ces auteurs, n'offrirait le plus souvent aucune utilité pour le créancier bénéficiaire auquel son rang éloigné ne permettrait pas de venir à la collocation ; et le sacrifice qu'aurait consenti la femme ne profiterait en définitive qu'aux créanciers intermédiaires qu'elle n'aurait pourtant jamais voulu favoriser.

C'est bien plutôt de la *subrogation*, qu'il faut, pensons-nous, rapprocher la cession d'antériorité. Ce n'est pas que l'on puisse, comme on l'a pourtant proposé, assimiler entièrement ces deux conventions, et les considérer comme des opérations identiques se cachant sous des dénominations différentes. Car on peut relever entre elles un certain nombre de différences assez importantes : Elles découlent toutes d'une différence fondamentale, à savoir que dans la subrogation la femme cède son hypothèque toute entière, tandis que dans la cession d'antériorité elle ne transmet que le rang privilégié que lui assure cette hypothèque. Il en résulte en effet un certain nombre de conséquences pratiques dont voici les principales :

1. — Dans la subrogation, le subrogé n'est pas obligé

de conserver et d'entretenir les droits hypothécaires qu'il a cédés au subrogeant ; ce dernier ne pourrait pas objecter au subrogé, pour faire tomber la convention, qu'il a laissé disparaître sa propre hypothèque ; à moins toutefois qu'il puisse établir d'une façon certaine qu'il a eu en vue en contractant la garantie du subrogé.

La cession d'antériorité au contraire, qui n'est, nous l'avons vu, qu'un échange de rang entre deux créanciers d'un même débiteur, exige pour son efficacité, pour son existence même, que cet échange puisse se produire. La femme ne sera donc tenue de céder au créancier bénéficiaire son rang privilégié, que si elle est elle-même assurée de pouvoir prendre sa place dans l'ordre.

2. — Tandis que la subrogation peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire, la cession d'antériorité n'est possible qu'au profit d'un autre créancier hypothécaire, car ce dernier seul ayant un rang peut utilement l'échanger contre celui de la femme. Par suite de la même idée, alors que dans la subrogation la femme peut, si elle en exprime la volonté, étendre les effets de l'opération au delà des immeubles hypothéqués au profit du subrogé ; dans la cession d'antériorité au contraire, une telle stipulation ne serait pas possible, parce que le créancier bénéficiaire étant considéré comme un simple créancier chirographaire à l'égard des immeubles qui ne lui sont pas spécialement affectés, ne peut y céder un rang qu'il n'a pas.

3. — La subrogation enfin, donnant à son bénéficiaire l'hypothèque légale toute entière, lui en transmet à la fois le droit de suite et le droit de préférence. L'effet translatif de la cession d'antériorité se limite au con-

traire au seul droit de préférence, que le cessionnaire fera valoir dans l'ordre qui sera ouvert lors de la distribution du prix des immeubles hypothéqués.

Mais en dépit de ces différences, qui séparent si nettement la subrogation de la cession d'antériorité, il faut reconnaître qu'il existe entre ces deux conventions une très grande analogie, qui va nous autoriser à étendre à la dernière les prescriptions établies pour la première par l'article 9 de la loi de 1855.

Il faut en effet considérer que tout se passe en définitive dans la cession d'antériorité comme dans la subrogation ; que dans un cas comme dans l'autre, le créancier bénéficiaire figure dans l'ordre aux lieu et place de la femme ; et qu'il semble enfin naturel de dire qu'en vertu des deux contrats c'est sa propre créance qu'il fait colloquer au rang de l'hypothèque légale. On a pourtant soutenu (1) que dans la cession d'antériorité les choses ne se passaient pas ainsi, mais que c'était la femme elle-même qui devait se faire colloquer à son rang privilégié, sauf à elle à remettre ensuite au créancier le montant de sa collocation. En effet, a-t-on dit, ici la femme n'a pas, comme dans la subrogation, transféré à autrui son droit d'hypothèque ; et en étant toujours titulaire, c'est elle-même qui doit figurer à sa place dans l'ordre ouvert. La réponse est facile : s'il est vrai que la femme ne s'est pas dessaisie de son hypothèque légale, elle a cependant transmis au créancier le droit de préférence qui y est attaché ; or ce seul droit suffit à celui-ci pour se faire colloquer au rang de cette hypothèque. C'est donc sur la

1. V. en ce sens Benech, n° 40 ; Rivière et Huguet, n° 833.

tête du créancier bénéficiaire de la cession que doit se faire en tous cas la collocation ; et il ne saurait en effet en être autrement, car la solution contraire proposée par nos adversaires aboutirait à la violation de l'art. 775 du Code de procédure civile : Si nous supposons qu'il y ait plusieurs créanciers cessionnaires, et que c'est la femme seule qui figure à son rang dans l'ordre ouvert, la distribution à laquelle elle procédera ensuite entre les divers créanciers cessionnaires sera un « sous-ordre hypothécaire » formellement prohibé par ledit article.

La même assimilation doit encore être établie, croyons-nous, entre la subrogation et la cession d'antériorité, au cas où la femme ne figure dans l'ordre qu'avec le créancier bénéficiaire, ou lorsqu'elle y figure immédiatement avant lui. Certes, le mécanisme est ici moins apparent, et le résultat matériel est exactement le même que si la femme avait tout simplement renoncé à exercer son hypothèque légale ; mais la convention ne peut changer de nature à raison de ce fait accidentel qu'il n'existait aucun créancier intermédiaire au moment où elle est intervenue. L'hypothèse a beau être simplifiée, il n'en reste pas moins vrai que l'ordre des collocations se trouve toujours renversé, et qu'il faut pour y parvenir que le créancier se serve de l'hypothèque de la femme, et que celle-ci se contente de celle du créancier. L'opération ne peut être ni autrement entendue, ni autrement exécutée.

La cession d'antériorité revêtant donc en toute hypothèse (eu égard au droit de préférence) le caractère translatif de la subrogation, et, en toute hypothèse aussi, produisant sur ce point les mêmes effets, demeure

soumise aux mêmes conditions de fonds et de forme. Nous la soumettrons notamment à l'article 9 de la loi de 1855, et exigerons pour sa confection un acte nécessairement authentique.

2° Promesse d'abstention.

La promesse d'abstention est l'engagement pris par la femme de ne pas porter atteinte, par l'exercice de son hypothèque légale, aux droits d'un autre créancier hypothécaire de son mari postérieur en rang, dans la distribution du prix des immeubles hypothéqués.

Une telle convention ne semble donc devoir produire qu'un résultat purement passif, puisque la femme, ne transmettant rien au créancier bénéficiaire, lui promet seulement de ne pas user à son préjudice de ses droits d'hypothèque légale. Il n'en est rien cependant, et c'est, dans la plupart des cas, à la subrogation qu'il faut encore, croyons-nous, assimiler la promesse d'abstention. Toutefois, comme nous allons essayer de le montrer, l'on ne peut pas toujours attribuer à la promesse d'abstention un effet translatif comme on peut le faire pour la cession d'antériorité. Ici cela dépend des cas. L'opération peut, suivant les circonstances, se résoudre pour la femme, soit en une renonciation, soit en une subrogation à son hypothèque légale; mais en toute hypothèse, nous le verrons, c'est en la forme authentique qu'elle doit être nécessairement passée.

Pas de difficulté tout d'abord s'il n'y a aucun créancier entre la femme et le créancier bénéficiaire de la pro-

messe. Par suite de l'abstention de la femme, le créancier passera au premier rang, et après lui sera naturellement colloquée la femme. Mais l'hypothèse se complique au cas où il y a un ou plusieurs créanciers intermédiaires : Il faut tout d'abord faire remarquer que l'abstention n'est exigée de la part de la femme que si elle peut être *utile* au créancier bénéficiaire, et seulement dans la mesure de cette utilité. Il est bien certain que si le créancier bénéficiaire ne peut pas profiter du sacrifice de la femme, celle-ci n'a pas besoin de se l'imposer ; et que la femme reprend toute sa liberté dès qu'elle peut agir sans nuire au créancier.

Prenons pour plus de clarté dans nos explications un exemple pratique :

1^o Une somme de 25.000 francs est mise en distribution ; plusieurs créanciers hypothécaires produisent à l'ordre, la femme du débiteur pour 10.000 francs, un créancier pour 15.000 francs, le créancier bénéficiaire de la promesse d'abstention pour 10.000 francs. Si la femme ne s'abstenait pas de prendre sa part dans la somme à partager, le troisième créancier n'aurait rien du tout. Si elle s'abstient au contraire, il sera complètement désintéressé, la convention devra donc produire en l'espèce son plein et entier effet.

2^o Une somme de 15.000 francs doit être distribuée entre les mêmes créanciers. Si la femme s'abstient purement et simplement, la totalité de la somme à partager sera absorbée par le créancier n^o 2, et le troisième créancier, seul bénéficiaire de l'opération ne touchera tout de même rien ; l'abstention ne pouvant donc pas être utile à son bénéficiaire, ne devra pas avoir lieu ;

et la femme prendra ses 10.000 francs. Pour éviter un tel résultat, certains auteurs ont ici encore proposé de faire produire la femme, mais de l'obliger à verser ensuite le montant de sa collocation au bénéficiaire de la promesse d'abstention. Nous repoussons encore cette solution comme devant aboutir au sous-ordre hypothécaire prohibé par l'article 775 du Code de procédure civile.

3° C'est enfin une somme de 20.000 francs qui est mise en distribution. Si la femme s'abstenait, le deuxième créancier prendrait ses 15.000 francs, et il resterait 5.000 francs pour le créancier bénéficiaire. Mais afin de ne pas faire profiter le créancier intermédiaire d'une opération à laquelle il est resté étranger, la femme ne devra s'abstenir que jusqu'à concurrence de ces 5.000 francs, qui seront attribués au troisième créancier, monté au rang de l'hypothèque légale. La femme gardera elle-même les 5.000 francs de surplus ; et quant au troisième créancier, il ne prendra donc que 10.000 fr. comme si la convention d'abstention n'avait pas fonctionné.

Mais pour faire passer ainsi un créancier devant un autre d'un rang pourtant antérieur, il faut faire produire à la promesse d'abstention un effet translatif que ne semble pas comporter sa nature purement passive. N'est-ce point dès lors dépasser le but que se sont proposées les parties, que de faire profiter le créancier bénéficiaire d'un des principaux avantages de l'hypothèque légale, alors que la femme a seulement promis de ne pas faire tourner son hypothèque au préjudice de ce créancier ? Nous ne le pensons pas, et croyons au contraire que

c'est le seul moyen pratique de concilier tous les intérêts en présence. Décider d'une façon absolue qu'en toute hypothèse la femme devra purement et simplement s'abstenir d'exercer son hypothèque au détriment du créancier bénéficiaire, sans toutefois faire monter celui-ci au rang de l'hypothèque légale, c'est retomber dans les inconvénients que nous avons signalés à propos de la cession de créance. C'est presque toujours faire profiter les créanciers intermédiaires de l'abstention de la femme, alors que le véritable bénéficiaire de la convention se voit sans cesse exclu de la collocation à cause de son rang trop éloigné. Décider par contre que la promesse d'abstention ne doit fonctionner qu'au cas où l'abstention peut profiter au créancier bénéficiaire, sans toutefois avantager les créanciers intermédiaires (premier exemple choisi), c'est réduire le domaine de la convention à de si faibles proportions, que c'est du même coup lui supprimer toute application pratique. Comment d'autre part comprendre le caractère d'une telle convention, si, pour décider de son application l'on ne tient pas compte des intérêts de son bénéficiaire, mais de ceux des tiers qui sont pourtant restés étrangers à sa conclusion !

Il faut donc conclure, que, bien que ne donnant naissance en principe qu'à une obligation purement passive de la part de la femme, la promesse d'abstention peut cependant produire, dans certaines circonstances, un effet translatif analogue à celui que produit la subrogation ou la cession d'antériorité.

Se traduisant donc en définitive tantôt par une renonciation (1^{er} exemple), et tantôt par une subrogation

(3^e exemple) de la part de la femme, c'est *en tous cas* en la forme authentique que doit être nécessairement consentie la promesse d'abstention, conformément aux prescriptions de l'article 9 de la loi de 1855, complété par la loi de 1889.

3^o Cession de créance.

Au lieu de subroger un tiers dans ses droits d'hypothèque légale, la femme peut céder à ce tiers sa créance contre son mari, le transport de la créance entraînant accessoirement transmission de l'hypothèque légale qui y est attachée. Ainsi cette transmission de l'hypothèque de la femme, loin de faire comme tout à l'heure l'objet principal et direct de la convention, n'est plus maintenant qu'un effet secondaire de la transmission de la créance hypothécaire toute entière. L'on rencontre souvent en effet dans les actes notariés une clause usuelle aux termes de laquelle la femme déclare « céder tous les droits, créances, et reprises de toute nature qu'elle peut ou pourra avoir à faire valoir contre son mari ». Mais il ne faut pas se laisser tromper par le sens apparent de cette formule courante, et il convient avant tout de rechercher quelle a été l'intention des parties contractantes. Or, presque toujours l'on s'aperçoit qu'en réalité ce n'est pas sa créance hypothécaire que la femme a voulu céder, malgré les termes employés, mais uniquement l'exercice de son droit d'hypothèque. De telle sorte qu'on se trouve avoir affaire, quoiqu'on en dise, à une subrogation pure et simple, prévue et réglementée par

l'article 9 de la loi de 1855, et non pas à une cession de créance proprement dite régie par les articles 1689 et suivants du Code civil, et soumise aux formalités de l'article 1690. « La preuve en est, ajoutent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (1) que, de l'avis de tous, le cessionnaire, s'il est créancier du mari, en exerçant le droit qui lui a été transmis, entamera bien dans une certaine mesure le droit hypothécaire de la femme, mais qu'il ne diminuera pas la créance de celle-ci. La femme conservera sa créance toute entière, malgré l'usage qu'aura fait le subrogé du droit à lui cédé, seulement elle perdra le bénéfice de l'hypothèque, ou tout au moins du rang qui lui appartenait. Ce n'est donc pas sa créance hypothécaire que la femme a cédée, car autrement elle ne pourrait plus exercer cette créance dans la mesure où le cessionnaire aurait usé du droit qui lui a été transmis ».

Pour ces motifs, nous déciderons donc que la rédaction d'un acte authentique est indispensable pour le cas où la femme « cède ses droits, créances et reprises » contre son mari. La rédaction d'un acte sous seing privé, même accompagnée de la signification du transport au débiteur, ne serait nullement suffisante à notre avis, pour faire produire tous ses effets à une telle convention qui est en réalité, quoique sous une apparence différente, une subrogation à l'hypothèque légale. Il serait vraiment trop facile autrement, d'éluder les formalités rigoureuses de l'article 9 de la loi de 1855.

On peut cependant concevoir une hypothèse dans

1. *Op. cit.*, t. II.

Fouquet

laquelle les parties auraient eu la ferme intention de faire une véritable cession-transport ; et dans laquelle la femme aurait réellement cédé, moyennant un certain prix, sa créance hypothécaire contre son mari, soit à un créancier de ce dernier, soit à un de ses propres créanciers, soit enfin à un tiers quelconque.

Il est à vrai dire difficile de donner au contrat une pareille interprétation s'il intervient pendant la durée du mariage, « parce que la convention a seulement pour but de mettre le cessionnaire à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale, et parce que l'intention des parties n'a pas pu être de transmettre une créance dont il est impossible d'apprécier actuellement les éléments » (1). La chose peut au contraire se comprendre si nous supposons que la femme, ayant déjà renoncé au profit d'un acquéreur d'un immeuble du mari au droit de suite que lui confère son hypothèque légale, veuille ensuite céder à un tiers son droit de préférence sur le prix de vente, qui a survécu à l'extinction de son droit de suite sur l'immeuble vendu. Mais à quelles conditions de forme soumettre une telle convention ? Sa validité sera-t-elle assujettie à la rédaction d'un acte authentique conformément aux prescriptions de l'article 9 de la loi de 1855 ; se contentera-t-on au contraire d'un acte sous seing privé et des seules formalités qu'exige pour la cession-transport l'article 1690 du Code civil ? Les auteurs de la loi de 1889, n'ayant pas prévu la possibilité de semblables conventions, n'ont nullement résolu la question ; aussi, tirant argument du silence même de la loi, nous pro-

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II.

noncerons-nous en faveur de l'application en l'espèce du droit commun du Code. La femme a perdu tout droit sur l'immeuble vendu ; ayant en effet renoncé à son hypothèque, elle n'a plus aucun droit réel à faire valoir ni à transmettre ; elle conserve uniquement un droit de préférence sur le prix, c'est-à-dire un droit de créance privilégié, pour la transmission duquel on doit suivre par conséquent les règles établies pour la cession des créances ordinaires par l'article 1690 du Code civil. On ne peut en vérité songer à appliquer ici les règles générales ou spéciales relatives au transfert des droits réels, puisqu'il n'y a plus de droit réel ; et l'article 9 reste donc étranger à l'hypothèse. Les formalités de l'article 1690 sont d'ailleurs bien suffisantes pour y sauvegarder tous les intérêts, et les exigences de l'article 9 seraient en l'espèce superflues. Par la signification qui lui est faite du transport, l'acquéreur est en effet averti qu'il ne doit pas se dessaisir des fonds entre d'autres mains que celles du cessionnaire ; et quant aux cessionnaires ultérieurs du même droit de créance, ils seront prévenus par l'acquéreur de l'existence des cessions antérieures.

La femme ou ses héritiers et représentants peuvent également céder les créances en reprises après la dissolution du mariage. L'opération leur sera d'autant plus facile que ces créances se trouvent alors définitivement fixées dans leurs éléments, et qu'elles n'attendent plus, pour se révéler dans leur quantum, que la liquidation qui ne saurait tarder. Il est bien entendu, qu'en cédant ces créances matrimoniales, leur titulaire transmet en même temps au cessionnaire tous les accessoires qui y

sont attachés (art. 1692), y compris par conséquent l'hypothèque légale qui en garantit le recouvrement. Néanmoins, l'on admet généralement, qu'attendu le moment auquel elle se place, une telle convention, si elle présente bien tous les caractères d'une cession-transport, si notamment elle est consentie moyennant un certain prix, doit être soumise aux règles du Code civil, et non pas aux prescriptions exceptionnelles de l'article 9. Elle pourra donc être constatée par acte sous seing privé, et le cessionnaire sera valablement saisi à l'égard des tiers par l'accomplissement des formalités de l'article 1690.

Si par contre, même après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers s'avisent de *subroger* un tiers dans leurs droits d'hypothèque légale, il semble bien que c'est de l'article 9 de la loi de 1855 qu'il faudrait alors faire application. La généralité même des termes de l'article 9 ne semble pas en effet laisser de place à une distinction entre les subrogations consenties pendant la durée du mariage, et celles qui interviennent après sa dissolution. Ajoutons que l'authenticité conserve même alors une utilité suffisante pour justifier son exigence, puisque le système de publicité auquel elle sert de base continue à fonctionner, et que s'il est vrai que la femme n'a plus à être préservée contre l'influence excessive de son mari, elle a du moins besoin d'être encore protégée contre son ignorance présumée des affaires et du droit.

CHAPITRE IV

RAISONS D'ÊTRE DE L'AUTHENTICITÉ

Pour être le plus ancien des deux grands principes qu'a posés le législateur moderne, le principe d'authenticité n'en a pas moins été le plus discuté, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1889.

Admis depuis 1855 en matière de subrogations et de renonciations translatives, ses avantages y étaient unanimement reconnus et sa nécessité même universellement proclamée. Aussi n'est-ce pas sur ce point qu'ont porté en 1889 les plus vives discussions parlementaires. Il s'agissait uniquement de savoir s'il convenait d'exiger la même authenticité pour toute convention contenant, expressément ou implicitement, de la part de la femme renonciation purement extinctive à ses droits d'hypothèque légale. Encore M. Merlin, rapporteur au Sénat de la loi nouvelle écartait-il du débat le cas où c'était par un acte distinct et postérieur à la vente, que la femme avait renoncé en faveur d'un acquéreur à ses droits d'hypothèque légale, « ce cas rentrant évidemment, disait-il, dans ceux qui ont été prévus par l'article 9 de la loi de 1855 ». C'était donc au seul cas de renonciation

expresse ou tacite contenue dans l'acte de vente même auquel avait concouru la femme que se limitait en définitive la discussion doctrinale.

En vertu de quel principe, et dans quel intérêt, disaient les partisans de la négative (1) soumettez-vous à la formalité de l'authenticité une pareille convention ? Ce n'est certes pas en faveur des tiers dont les intérêts sont bien suffisamment sauvegardés au moyen de la rédaction d'un simple acte de vente sous seing privé dont la transcription leur révélera sûrement la renonciation expresse ou tacite qu'y a consentie la femme. Serait-ce la femme elle-même que l'on voudrait protéger ? Mais il lui est permis de passer sans le concours d'un officier ministériel des actes bien autrement graves qu'une simple renonciation à son hypothèque légale : elle peut notamment vendre un de ses immeubles par acte sous seing privé, avec le simple concours de son mari, dont l'influence funeste peut cependant se manifester également dans tous les actes de la vie juridique ; pourquoi dès lors se montrer plus rigoureux dans un cas que dans l'autre ?

« Au surplus, ajoutaient-ils, si c'est la femme que l'on veut garantir en exigeant l'authenticité des actes par lesquels elle renonce à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur, le but que l'on se propose ne serait pas atteint. Si l'acquéreur, en effet, en faveur de qui la femme a renoncé par acte sous seing privé, ne trouve pas dans les effets légaux que l'on veut attribuer exclu-

1. V. le rapport de M. Merlin au Sénat, *Journal officiel*, annexes du Sénat, 1888, n° 38.

sivement à la renonciation contenue dans un acte authentique, la garantie qu'il a recherchée ; si malgré la renonciation à laquelle elle a consenti la femme peut dans ce cas être admise à faire valoir son hypothèque légale sur l'immeuble vendu, n'est-il pas certain que l'acquéreur aura toujours le droit d'exiger l'accomplissement de l'engagement personnel que la femme aura contracté envers lui, et de se faire par suite colloquer en sous ordre sur le prix de la vente ? »

La formalité de l'authenticité, affirmaient-ils, restera donc une garantie illusoire, qui aura le grave désavantage d'être très onéreuse pour les parties. Car il se fait annuellement en France, pas moins de 80.000 ventes d'immeubles d'une valeur de moins de 200 francs (1), pour lesquelles le coût d'un acte notarié serait vraiment excessif. Beaucoup de personnes du reste aimeraient mieux courir un risque fort éloigné, et que le plus souvent ils ignorent d'ailleurs, plutôt que d'avoir à déboursier pareille somme. « Ils se mettent ainsi dans le cas d'être évincés, alors que leur position serait inattaquable si la loi n'exigeait pas l'authenticité (2) ». L'on ne fait d'ailleurs aucune difficulté pour admettre la validité de la renonciation résultant du concours d'un créancier hypothécaire ordinaire à la vente sous seing privé consentie par son débiteur, et l'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de l'hypothèque légale de la femme mariée.

1. V. discours prononcés au Sénat lors de la discussion de la loi de 1889.

2. Planiol, *Traité élémentaire de dr. c.*, t. 2.

C'est que la femme, répondaient avec plus de raison les partisans de l'authenticité, plus que tout autre créancier, a besoin de la protection de la loi. Presque toujours ignorante des affaires et du droit, elle s'en remet le plus souvent à son mari pour la gestion de son patrimoine ; et le mari aurait beau jeu, si au moyen d'une simple signature donnée inconsciemment, il pouvait à son aise se décharger de l'hypothèque légale qui le grève. Il faut, dans l'intérêt de la femme, opposer aux conseils intéressés de son mari, les avis éclairés d'un homme de droit qui puisse la renseigner exactement sur la nature de l'opération qu'elle fait, et sur les conséquences juridiques du consentement qu'elle y apporte. La laisser, se diriger sans le secours d'un guide impartial, dans le dédale des transactions dont l'hypothèque légale peut être l'objet, serait la livrer sans défense à toutes les surprises d'une confiance souvent mal placée, à tous les abus possibles de l'autorité maritale.

Comment se fait-il d'ailleurs que l'on admette sans difficulté le principe d'authenticité lorsqu'il s'agit de renonciations translatives, ou de simples renonciations abdicatives mais consenties par acte séparé, et que l'on refuse à la femme le secours de cette même garantie quand c'est dans un acte de vente qu'elle renonce au bénéfice de son hypothèque légale. Dans l'un et l'autre cas ne court-elle pas les mêmes dangers ? n'est-ce pas en toute hypothèse contre la perte irréfléchie de sa garantie dernière qu'il s'agit de la protéger ? « Il y aurait même une singulière contradiction, faisait très justement remarquer M. Fallières, à faire bénéficier du privilège de l'authenticité la femme qui renonce à son

hypothèque par acte séparé, et à lui ôter cette garantie quand cette même renonciation résulte pour elle de l'acte d'aliénation, car c'est précisément dans ce dernier cas qu'il convient d'éclairer la femme sur les suites du concours qu'elle va donner peut-être inconsciemment à la vente ; quand il s'agit d'une renonciation formelle, expresse, quand la femme sera obligée de prendre la plume et de dire : je renonce à mon hypothèque légale, vous exigez d'elle un acte authentique ; et quand la renonciation intervient dans un acte de vente, quand on y fera figurer la femme soit comme covenderesse d'un immeuble qui ne lui appartient pas, soit comme garante d'un immeuble qu'en réalité elle ne vend pas, ne trouvez-vous pas qu'elle mérite d'avantage d'être éclairée sur l'étendue de ses droits et sur l'importance des sacrifices qu'on va lui faire faire » ?

En pareille matière l'on ne saurait du reste marchand à la femme la protection qu'elle réclame, car il faut bien se dire qu'il s'agit ici de son hypothèque légale, c'est-à-dire de cette suprême garantie que les auteurs du code ont entendu lui ménager en dernière analyse contre les funestes effets d'une influence abusive ; « contre les entraînements de son cœur ou les défaillances de sa volonté » (1).

En effet, le législateur moderne, « tenant à avoir en tous cas la conscience rassurée » (2) n'a pas voulu livrer sans secours la femme aux suggestions de son mari, et en définitive a heureusement consacré, nous l'avons vu, le principe d'authenticité nécessaire.

1. Lyon, 6 mars 1880, sous cass. 22 nov. 1880 (S. 81. 1. 473).

2. Déclaration du ministre au Sénat.

Avant d'étudier les caractères et la sanction de cette formalité, il convenait de bien fixer tout d'abord les motifs qui ont décidé le législateur à l'édicter ; car les raisons qui l'ont inspiré sont étroitement liées, nous allons le voir, à la nature de la sanction à y apporter.

CHAPITRE V

CARACTÈRES ET SANCTION DE CETTE AUTHENTICITÉ

I

Si l'on rapproche des termes de l'article 9 de la loi de 1855 et du § 2 de la loi de 1889, le texte précité de l'article 2127 du Code civil l'on s'aperçoit aussitôt qu'alors que le code réclame pour toute constitution d'hypothèque conventionnelle un « acte passé en forme authentique et *devant notaires* », la loi nouvelle se contente d'exiger pour la validité des conventions relatives à l'hypothèque légale des femmes mariées la rédaction d'un simple « acte authentique ».

Cette différence dans la rédaction ne présage-t-elle pas une différence aussi dans le fonds, et n'est-ce pas intentionnellement que le législateur moderne a employé ici une forme plus large, afin de laisser place, à côté des actes notariés, aux autres actes qui revêtent également le caractère authentique ? (art. 1317).

L'affirmative est le plus souvent enseignée par les

auteurs (1), qui s'accordent généralement à reconnaître par exemple que les procès-verbaux régulièrement dressés par les juges de paix assistés de leur greffier, ou par les juges commissaires de faillites, ainsi que les jugements constatant le consentement de la femme, constituent des « actes authentiques » dans le sens de l'article 9, et qu'ils sont dès lors pleinement capables de constater valablement toutes les conventions que peut passer une femme mariée relativement à son hypothèque légale. « En vain, ajoutent-ils (2), objecterait-on que les conventions constatées dans les procès-verbaux de conciliation dressés par le juge de paix ont seulement « force d'obligation privée » (art. 54 C. P. C.) ; ce texte signifie seulement que ces procès-verbaux n'ont pas force *exécutoire*, et n'emportent pas hypothèque, mais ce sont néanmoins des actes authentiques aux termes de l'article 1317 du Code civil ».

En présence des termes exprès de l'article 9 de la loi de 1855, il serait en effet difficile de frapper de nullité toute subrogation ou renonciation résultant d'un acte authentique mais non notarié ; qu'il nous soit cependant permis de croire qu'en exigeant la rédaction d'un acte authentique pour toutes ces conventions, c'est aux actes notariés qu'avait sûrement pensé le législateur. La présence à l'acte d'un officier ministériel susceptible de renseigner exactement les parties, et de mettre en garde

1. V. Mourlon-Bertauld (sub. n° 82). Garnier (sub. n° 283). Mérignhac (*op. cit.*, n° 57). Aubry et Rau, III. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (n° 1080). Guillouard (n° 1748).

V. en sens contraire Escorbiac, p. 134.

2. Mérignhac, *op. cit.*, n° 57.

la femme contre les dangers possibles de la stipulation qu'elle consent, constitue en effet le but principal et direct que poursuit ici la loi ; or ce but ne serait que très imparfaitement rempli par les officiers publics dont on autorise ici le ministère. Tout le monde est d'ailleurs forcé de reconnaître que c'est presque toujours en la forme notariée que seront en fait constatées les conventions dont s'agit ; et qu'il n'y a dès lors aucun inconvénient à assimiler en pratique les actes authentiques aux actes notariés, et à parler du monopole des notaires même lorsque la loi se contente d'exiger simplement la forme authentique.

Si l'acte est reçu par un notaire, il pourra être valablement passé en brevet, car l'article 2148 se contentant, nous l'avons dit, d'un acte en brevet pour la constitution d'une hypothèque, il serait en vérité difficile de se montrer plus exigeant pour une simple subrogation que pour la constitution elle-même.

Nous admettrons de même, pour identité de motifs, que l'acceptation tardive par le bénéficiaire, de la convention consentie à son profit par la femme, n'a pas besoin, pour être régulière de revêtir la forme authentique (1).

Nous avons déjà vu, en étudiant les exceptions au principe de l'article 2127 du Code civil qu'une partie de la Doctrine et de la Jurisprudence en assimilant aux actes authentiques les actes administratifs passés au nom de l'Etat pour ses représentants légaux, soutenait que de tels contrats pouvaient valablement contenir

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II. Aubryet Rau, III.

constitution d'hypothèque conventionnelle. Les mêmes arguments que nous avons alors exposés ont été ici présentés de nouveau pour faire admettre une pareille exception aux dispositions de l'article 9 de la loi de 1855. Pour les repousser encore, nous nous contenterons de renvoyer le lecteur aux raisonnements que nous avons alors tenus, et par lesquels nous avons cru démontrer que les textes anciens que faisaient en vain valoir nos adversaires (1) avaient été implicitement abrogés par les principes nouveaux du Code civil avec lesquels ils sont inconciliables (2). Ajoutons toutefois que les lenteurs qu'apporte dans les négociations la procédure administrative, ne sauraient en rien remplacer, contrairement à ce que prétendent nos adversaires, les conseils éclairés d'un officier ministériel, ni « diminuer dans une certaine mesure l'influence funeste que peut exercer le mari sur l'esprit de sa femme ».

L'on admet généralement, comme un véritable principe de droit, que tout acte sous seing privé acquiert l'authenticité par le dépôt qui en est fait au rang des minutes d'un notaire; et nous avons vu qu'en effet la jurisprudence et la doctrine étaient d'accord pour en faire l'application à l'article 2127 du Code civil. Bien que cet article exige la forme authentique pour toute constitution d'hypothèque conventionnelle, l'on décide en effet que cette dernière n'en est pas moins valable, si, primitivement constatée par un acte sous seing privé celui-ci est ensuite déposé pour minute chez un notaire.

1. Art. 14, t. II, de la loi des 28 oct. et 5 nov. 1790.

2. V. ci-dessus, p. 66 et suiv.

Pour des motifs d'ordre purement historique, nous avons cru devoir approuver cette solution pourtant contraire, semble-t-il, à l'esprit probable de la loi. Les travaux préparatoires du Code civil nous ont en effet convaincu que le législateur avait seulement voulu consacrer en cette matière la doctrine de l'ancien droit. Mais les mêmes raisons faisant complètement défaut en ce qui concerne l'article 9 de la loi de 1855, c'est à l'opinion contraire que nous croyons en l'espèce devoir nous ranger. Etant donné le but qu'a poursuivi le législateur en exigeant l'authenticité de l'acte de renonciation ou de subrogation, c'est au moment même de la passation de l'acte que la présence de l'officier ministériel peut produire l'influence utile qu'on en espère ; et le fait de déposer postérieurement cet acte en l'étude d'un notaire, ne saurait en rien remplacer cette garantie primitivement absente. L'argument d'analogie avec l'hypothèse de l'article 2127 qu'on fait le plus souvent valoir en faveur de la solution adverse, ne porte pas, car le débiteur qui constitue une hypothèque sur ses biens n'a pas besoin de cette protection spéciale que la loi accorde à la femme qui renonce.

Bien entendu, si l'acte authentique de dépôt contient la ratification formelle de l'acte déposé et le consentement expresse de la femme renonçante, il produit tous les effets désirés ; mais il vaut alors comme une véritable convention nouvelle et ne produit ses effets que du jour de sa signature.

Au lieu de concourir personnellement à l'acte de renonciation ou de subrogation, la femme peut s'y faire représenter par un mandataire de son choix. Mais la

procuration qui contiendra alors ses pouvoirs devra nécessairement revêtir aussi la forme authentique. Puisqu'en effet c'est la liberté du consentement de la femme que le législateur veut assurer, c'est au moment où se manifeste son consentement, c'est-à-dire au moment précis où elle signe la procuration qui contient ses volontés, qu'il doit lui procurer les garanties qui lui sont offertes.

II

L'acte qui contient cession ou renonciation de la part de la femme à ses droits d'hypothèque légale, et même le mandat qu'elle donne à un tiers de l'y représenter, doivent donc être nécessairement rédigés en la forme authentique.

Quelle est la sanction de cette exigence ? Si ces prescriptions légales ne sont pas observées, quel est le caractère de la nullité qui en résulte ? Quelles sont les personnes qui sont admises à s'en prévaloir ?

Tout revient en définitive à savoir si les conventions dont il s'agit sont des contrats solennels au même titre que les donations et que les constitutions d'hypothèque, ou si la formalité de l'authenticité y est simplement exigée, par un surcroît de précaution, comme une règle nouvelle de la preuve. Ni le texte impératif de la loi, ni les travaux préparatoires ne peuvent laisser planer de doute à cet égard. C'est bien en présence d'un acte solennel que nous nous trouvons ; c'est certainement à une nullité absolue que nous avons affaire. Ainsi s'exprime en effet M. Merlin dans son rapport au Sénat ;

« Dans l'opinion des partisans de l'authenticité, l'inobservation de cette formalité entraînera la *nullité absolue* de la renonciation... La forme authentique est ici exigée non pas seulement *ad probationem*, mais *ad solennitatem* ; la renonciation consentie par acte sous seing privé ne serait donc pas annulable, mais *radicalement nulle* ».

Par suite, et comme tout acte entaché de nullité absolue, la convention sous signature privée de renonciation ou de subrogation ne sera jamais susceptible de ratification ultérieure. Certes la femme pourra toujours réparer plus tard la faute commise, en confirmant expressément dans un acte authentique sa renonciation passée ; mais sa déclaration n'aura jamais d'effet rétroactif, et ne pourra en aucun cas être opposée aux tiers qui, dans l'intervalle auront régulièrement traité avec elle.

En outre, la nullité existant de plein droit, tous ceux qui y auront intérêt pourront valablement s'en prévaloir. Ainsi pourront le faire les autres créanciers de la femme (qui ont un intérêt évident à faire rentrer dans son patrimoine un élément d'actif qui en est irrégulièrement sorti), et d'une façon générale toutes les personnes qui ayant été ou non parties au contrat, ont intérêt à contester au bénéficiaire de l'opération, les avantages qu'il en a indûment retirés.

La femme, au premier rang, semble devoir profiter de ce droit, et pouvoir opposer au tiers bénéficiaire la nullité résultant à son profit du défaut d'authenticité. C'est en effet dans son intérêt, nous l'avons vu, qu'est avant tout exigée cette formalité, c'est à elle surtout que porterait préjudice son inobservation ; il y aurait même contradiction évidente à édicter en sa faveur des mesu-

res dont on lui refuserait ensuite le droit de faire respecter l'application.

Toutefois, objecte-t-on, encore faut-il que la femme ait un intérêt quelconque à faire tomber la convention : pas d'intérêt, pas d'action. Or, si nous supposons (ce qui est le cas le plus fréquent) que la femme en contractant s'est personnellement engagée envers le cessionnaire, celui-ci, une fois la nullité de la subrogation prononcée, ne pourrait certes plus produire à l'ordre en son nom personnel, pour se faire colloquer aux lieu et place de la femme, mais aurait toujours le droit de demander qu'il soit prélevé somme égale au montant de sa créance sur la collocation attribuée à la femme. « Par conséquent, jusqu'à concurrence de la créance, la femme ne retirerait aucun avantage de l'annulation de la subrogation ; et, à défaut d'intérêt, elle ne doit pas pouvoir la demander » (1).

Pour être exact, le raisonnement n'est cependant pas concluant ; en effet, la femme a tout de même un intérêt à l'annulation de la subrogation, puisqu'elle rétablit de ce fait son crédit menacé, en se ménageant encore les moyens de se procurer les fonds dont elle peut avoir besoin, en offrant à d'autres la garantie de son hypothèque légale recouvrée. « Même obligée personnellement, dit M. Bufnoir, elle aurait à invoquer la nullité de la cession le même intérêt que peut avoir un débiteur quelconque à faire annuler la constitution d'hypothèque qu'il a irrégulièrement consentie : celui de conserver intact son patrimoine hypothécaire ».

(1) V. en ce sens : Rivière et Huguet, Pont, Mérynhac.

Cependant, objectent nos adversaires, puisque la femme se trouve par hypothèse, personnellement engagée envers son co-contractant, il sera aisé à ce dernier de repousser l'action en nullité qui lui appartient. Si par exemple la femme a renoncé à son hypothèque légale au profit d'un tiers-acquéreur, en intervenant à la vente en qualité de covenderesse, de garante ou de caution, l'obligation personnelle de garantie qui lui est incombée en cette qualité, permettra à l'acquéreur de lui opposer victorieusement la règle : *quem de evicione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

La femme, il est vrai, ne peut agir elle-même en nullité contre un acquéreur envers lequel elle est tenue de l'obligation de garantie en raison de son engagement personnel ; mais les tiers qu'elle a subrogés dans ses droits d'hypothèque légale peuvent, sans contredit, se prévaloir de la nullité de sa renonciation, pour poursuivre le tiers-acquéreur, sans crainte de voir leur action repoussée par l'obligation de garantie, qui reste personnelle à son auteur. Il leur suffit en effet pour avoir un droit opposable à tous de posséder eux-mêmes un titre authentique régulièrement inscrit. Accusera-t-on ce système de favoriser les fraudes aux dépens de l'acquéreur, en permettant à la femme, qui a renoncé par acte sous seing privé, de céder aussitôt son hypothèque à des tiers qui agiront eux-mêmes au mépris de l'obligation de garantie formellement contractée par leur auteur ? Mais le tiers acquéreur n'est que la juste victime de sa coupable négligence. Il a commis une faute grave en ne faisant pas donner la forme authentique à son titre d'acquisition ; il en supporte maintenant les funestes conséquences.

VU :
Le Président,
M. PLANIOL.

VU :
Le Doyen,
P. CAUWÈS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Le rôle officieux des notaires actuels. — A quoi se réduit leur monopole de droit. — Plan général de l'ouvrage.	I

PREMIÈRE PARTIE

Hypothèques conventionnelles.

TITRE PREMIER

L'acte constitutif.

§ 1. — Le monopole des notaires établi par l'article 2127 du Code civil.	11
CHAPITRE PREMIER. — Origine historique de ce monopole.	15
1° Droit Romain	15
2° Ancien droit	18
3° Droit intermédiaire et Code civil	23
CHAPITRE II. — Son fondement rationnel.	26
CHAPITRE III. — Sa portée exacte	35
1° L'acte d'obligation peut être sous seing privé .	35
2° La promesse d'hypothèque peut être sous seing privé	36

	Pages
3° Quels sont les éléments de l'acte constitutif d'hypothèque qui doivent nécessairement être constatés par acte authentique ?	37
a) Le consentement du débiteur. — Les exceptions en matière de sociétés commerciales. . .	38
b) L'acceptation du créancier	45
c) La spécialisation de l'hypothèque	48
CHAPITRE IV. — Sa sanction	53
1° Caractère de la nullité de la convention d'hypothèque sous seing privé	56
2° La confirmation en est-elle possible ?	59
CHAPITRE V. — Les exceptions qu'il comporte	65
1° Les hypothèques contenues dans les actes administratifs	66
2° Les hypothèques maritimes.	71
3° Les hypothèques des fonds de commerce	75
4° Les warrants agricoles	78
APPENDICE. — Les hypothèques constituées en pays étranger, ou en France par des étrangers (art. 2128 du C. civ.)	83

TITRE II

L'acte de mainlevée.

CHAPITRE PREMIER. — De la nécessité d'un acte notarié pour consentir mainlevée d'une hypothèque (art. 2158 C. civ.).	91
CHAPITRE II. — Sanction de cette exigence	104

DEUXIÈME PARTIE

Hypothèques légales.

(Conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée.)

CHAPITRE PREMIER. — De la nature et de l'utilité de ces conventions	109
---	-----

	Pages
CHAPITRE II. — De la forme nécessairement authentique des subrogations et renonciations consenties par la femme mariée relativement à son hypothèque légale .	113
1° La législation du Code civil	113
2° La loi du 23 mars 1855. Sa portée	115
3° La loi du 13 février 1889.	125
CHAPITRE III. — Des règles de forme applicables aux conventions non prévues par les textes.	133
1° La cession d'antériorité	135
2° La promesse d'abstention	140
3° La cession de créance.	144
CHAPITRE IV. — Raison d'être de l'authenticité	149
CHAPITRE V. — Caractères et sanction de cette formalité .	155





